MARIO ALZAMORA VALDEZ

INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO

INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO

Mario Alzamora Valdez

Editorial y Distribuidora de Libros S.A

Lima 1987

INDICE

PRIMERA PARTE: EL DERECHO
SEGUNDA PARTE: LAS CIENCIAS DEL DERECHO
TERCERA PARTE: EL DERECHO Y OTRAS FORMAS DE LA CULTURA
CUARTA PARTE: LA NORMA JURIDICA y SUS ELEMENTOS
QUINTA PARTE: EL DERECHO SUBJETIVO
SEXTA PARTE: LAS FUENTES DEL DERECHO
SETIMA PARTE: LA TECNICA JURIDICA
OCTAVA PARTE: LOS FINES Y LOS VALORES DEL DERECHO
NOVENA PARTE: EL PENSAMIENTO JURIDICO

PROLOGO A LA PRIMERA EDICION

"En el derecho posee y defiende el ser humano su condición moral de existencia".
IHERING: "La lucha por el Derecho".

Cada día se acentúa más, dentro y fuera de la Universidad, la permanente inquietud por el estudio del derecho que, para alcanzar la dignidad científica que le corresponde, debe ser encauzado por una disciplina que, a la vez que punto de partida, sea su sustento y base. Esa disciplina no es otra que la "Introducción á la Ciencia del Derecho".

Mientras la Filosofía del Derecho lo estudia en su "universalidad lógica" e investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de justicia trazado por la razón pura", según la conocida definición de Del Vecchio, la Sociología se ocupa del fenómeno jurídico dentro del

mundo social y la Historia del Derecho investiga "el ser, el desarrollo y la acción del derecho" para expresarlo en el lenguaje de Radbruch, la "Introducción a la Ciencia del Derecho" trata de los principios que sirven de fundamento a dicha ciencia, tanto desde el punto de vista de su contenido como de su método y de los problemas comunes a las diversas ramas del saber jurídico.

Tales razones justifican la necesidad y el contenido de una "Introducción a la Ciencia del Derecho" así entendida.

Es sumamente dificil, por decir lo menos, el conocimiento científico de las distintas ramas del derecho sin - investigar los principios generales en que se sustentan, que deben -objeto de una disciplina especial, porque de otro modo o se prescinde de ellos, o su explicación se repite en cada rama, con los inconvenientes que de tal procedimiento pudieran derivar.

El contenido de la- "Introducción a la Ciencia del Derecho" debe comprender: el estudio del derecho, de las disciplinas del derecho; el derecho y otras formas de la conducta regulada; de la norma jurídica; del derecho subjetivo; de las fuentes del derecho; de la Técnica Jurídica; de los valores y fines, del derecho, para terminar con una breve reseña sobre la evolución del pensamiento jurídico.

La primera parte de la obra, estudia el derecho desde su triple perspectiva: la persona humana en su dimensión social, la norma y el valor, en pos de sus características como objeto cultural.

La segunda, trata de las Ciencias del Derecho, cuyo objeto es el estudio del derecho y, en forma particular, de la Introducción a la Ciencia del Derecho y de sus problemas propios. -

La tercera parte tiene como objeto las relaciones entre el Derecho, la moral y las reglas de trato social, como medio de -precisar los alcances de los - precepto, jurídico, en orden a la conciencia individual y a la vida- colectiva.

La cuarta parte constituye una reseña sobre la norma, que es el vehículo a través del cual se expresa el derecho; la quinta se refiere al derecho subjetivo y al deber jurídico; la sexta, cuya justificación es obvia, se ocupa de las fuente, del derecho, y la sétima en un breve esquema de los principales, problemas de la Técnica Jurídica.

Si bien es cierto que tal exposición comprende las cuestiones generales, que constituyen el contenido -de una Introducción al Derecho, la visión de los lectores quedaría incompleta si se prescindiera de las dos últimas partes: el estudio de los fines y los valores del derecho y el de la evolución del pensamiento jurídico. Aquélla se refiere a lo que debe ser el derecho, ésta a sus distintas concepciones en los diversos momentos culturales.

La primera y la última parte del libro precisan, con mayor claridad que las otras, y su orientación. El derecho no es una pura esencia universal y abstracta, sistema de reglas lógicas ni vida humana o conducta. El derecho es un modo de existencia social del hombre regida por normas que encarnan valores.

Con un hondo sentimiento de gratitud para quienes alentaron esta obra y para mis alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos.

Lima, 1964

MARIO ALZAMORA V ALDEZ

PROLOGO A LA DECIMA EDICION

Introducción significa desde el punto de vista del vocabulario -del adverbio latino intro y del verbo ducere-, conducir dentro, en este caso, hacer penetrar en el seno del derecho, como

conducta intersubjetiva del hombre, regulada por un sistema de normas con el fin de alcanzar la realización y la vigencia de los valores que dan calidad humana a esa conducta y giran en torno a la justicia.

No se trata solamente de la presentación de los principios básicos del derecho y de las reglas que exige su intuición y su ejercicio, sino de afirmar sus fundamentos frente a tantas amenazas de crisis que deriva de desajustes en la convivencia humana que por todas partes y en todos los sectores clama por la igualdad, de defectos en la elaboración de las normas, y de criterios disconformes para la apreciación de lo justo -dentro de la justicia social- que impulsa el progreso del derecho.

Esta décima edición, con muy ligeras modificaciones, espera tener la acogida que han recibido las anteriores.

Miraflores, 1987

PRIMERA PARTE
EL DERECHO

CAPITULO I
NOCIONES GENERALES

1.- Etimología. 2.- Acepciones de la palabra derecho.

1.- ETIMOLOGIA

Pocos análisis etimológicos sugieren tanto como el de la palabra derecho.
El citado vocablo proviene de la voz latina directum, que es el participio pasivo del verbo dirigere, dirigir.

Este último está constituído por el prefijo continuativo di y la forma verbal régere, regir. Si réger equivale a guiar conducir o gobernar y di indica la continuidad de ese acto, derecho significa etimol6gicamente la manera o forma habitual de guiar, conducir o gobernar.

A su vez, el prefijo di procede de las raíces arias DH y DHR que encierran 1a idea de estabilidad y firmeza.

Por otra parte, régere, rego, contiene el reduplicativo re que se desprende de la raíz aria RJ, guiar o conducir.
De acuerdo con esta etimología, derecho significa tanto como ordenamiento firme, estable permanente.

Este estudio demuestra "contra lo generalmente supuesto" que "la palabra derecho no vino al campo psicol6gico por sentido traslaticio, sino pristinamente. Y, al contrario, lo derecho material (como cuando se dice "camino derecho") parece ser idea traída por el sentido figurado con que se comenzó a aplicar la palabra a las cosas ajenas al espiritu.

Para expresar la noción contenida en la palabra castellana "derecho", los romanos emplearon el término latino jus. La voz derecho tenía para ellos sólo un significado adjetivo y se usaba para referirse a lo que se entiende como acción procesa! (directa actio). Santo Tomás cita a San Isidoro "El Derecho se llama así (jus) porque es justo" 3 y él mismo enseña que el objeto de la justicia "queda determinado por lo que en sí es justo, o sea por el derecho".

El examen de la palabra jus ha dado lugar a serias e interminables discusiones: ¿Jus proviene de justicia? o ¿Justitia es la voz derivada y jus la primitiva?

Los jurisconsultos y los polígrafos antiguos suscribieron la primera opinión. Ulpiano considera que jus deriva de justitia ("Jus a justitia apellatur"). San Isidoro ("Ius dictum est quia iustum") y Graciano sostuvieron la tesis que origina jus en justum.

Los gramáticos, tomando en cuenta la simplicidad de jus, vieron en tal término la fuente de justicia. Del mismo parecer fueron muchos historiadores porque la vinculación ideológica entre derecho y justicia tuvo lugar en Roma sólo en la época de los decenviros, puesto que durante el período anterior significaba algo así como "mandato del más fuerte".

A la palabra latina jus se le atribuye diversos orígenes. Según una antigua opinión deriva de Jove, Jovis, nombre del dios Júpiter gobernador y ordenador del Universo. Para otros proviene de jubeo que quiere decir mandar; o de juvo que significa ayudar a proteger o de jungo, juntar, unir o uncir.

A través de todas esas fuentes se destaca un concepto común: gobernar, ordenar, mandar, dirigir, que también es ayudar o proteger, puesto que tal es el fin del gobierno o del mandato. Además, gobierno significa orden que vincula la voluntad de quien obedece a la del que manda; de allí la última etimología señalada.
Algunos autores (Litré, Kunh, Píetet) han llegado hasta la raíz sáncrita de jus que es yu, equivalente a vínculo, unión o ligadura y a la védica yos que quiere decir santo, puro, verdadero, celestial 5.
De este modo, se destaca como significado de la palabra derecho, la idea de rectitud en la conducta social humana por su sometimiento a normas o a leyes.

En ruso pravo derecho, tiene la misma raíz que pravda verdad, que pravasuvic justicia, que pravednost santidad, que pardivost, rectitud, que pravillo, precepto, que prav:t gobernar y que praviluy correcto, entre otras palabras de ese idioma.

2.- ACEPCIONES DE LA PALABRA DERECHO

En su acepción usual o corriente, "derecho" quiere decir aquello que es recto, directo, contrario, a lo que es torcido; y también lo

que se hace del mismo modo. Así se expresa: "este camino es derecho" y "aquel árbol crece derecho".
El concepto rectitud no sólo significa que se sigue la misma dirección, sino adecuarse a una regla, a una norma.

En el orden jurídico, la voz "derecho". se emplea para designar lo que legítimamente pertenece a una persona; en otros términos, lo que es suyo. Lo suyo es "aquello que en particular manera está unido a un sujeto y determinado a su propia utilidad, en tal forma, que en el uso del objeto tiene la preeminencia sobre los demás y nadie puede servirse de él contra la voluntad del sujeto y sin cometer una injusticia"

Así, cuando alguien dice "yo reclamo mi derecho", cuando se proclama "a cada cual su derecho", en tales expresiones, la palabra derecho se usa en la mencionada acepción. , Esta primera significación jurídica de derecho fue trasladada a la norma, a la ley. Derecho se toma, ya no como lo suyo considerado en sí mismo, sino como la regla que señala lo que a cada cual le corresponde, esto es, lo que es suyo.
Además, si la ley jurídica reconoce a los hombres su derecho, de tal reconocimiento deriva una facultad: reclamar y exigir de los otros que respeten lo que les corresponde, que les den lo que es de ellos, lo suyo. En este sentido, el derecho es la facultad, es el poder de conservar, disponer y utilizar lo suyo, lo que es pertinente a cada persona, con exclusión de los otros, dentro de los límites que precisa y fija la norma.

También se llama derecho al conjunto de las disciplinas jurídicas o ciencias del derecho o a cada una de ellas en particular.

Finalmente, se denomina derecho a un tributo o pago debido legítimamente a alguien.
Cuatro son las significaciones que atribuye Fernández Galiana a la voz der,echo: Como norma o conjunto de normas vigentes (sentido objetivo); como facultad atribuida a un sujeto para hacer, no hacer o exigir algo (derecho subjetivo); ideal de justicia o su negación (lo justo); y como saber humano aplicado a la realidad (derecho como ciencia).

No como acepciones de léxico, sino más bien en el sentido de "clasificaciones metodológicas" se emplea el vocablo derecho como sinónimo de: a) texto legal ("el derecho de las Partidas"); b) de institución jurídica ("el derecho individual de usufructo"); c) parte de alguna ley ("el derecho de familia", "derecho de obligaciones"); d) rama de la legislación ("derecho civil", "derecho político"); e) legislación de un pueblo o de la Iglesia ("derecho francés", "derecho canónico"); f) reglas jurídicas establecidas por la costumbre ("derecho consuetudinario") .

PRIMERA PARTE
EL DERECHO

CAPITULO II
EL HOMBRE Y EL DERECHO

1.- La persona humana y el derecho. 2.- La sociedad y el derecho.

1.- LA PERSONA HUMANA Y EL DERECHO

El derecho como la moral, la ciencia, el arte, la técnica y la religiosidad, pertenece al mundo del hombre.

Es en la estructura humana donde se halla la explicación del derecho, como la de todas nuestras obras específicas, sean éstas "el lenguaje, la conciencia moral, las herramientas, las armas, las ideas de' justicia e injusticia, el estado, la administración, las funciones representativas de las artes, el mito, la religión y la ciencia, la historicidad y la sociabilidad".

Esa estructura humana, que se eleva sobre el mundo físico y sobre el mundo psíquico, para realizar las tareas del espíritu, características del hombre, es la persona.

El Derecho corresponde al hombre en tanto persona: deriva de la esencia misma de ésta y le señala los medios para que se realice como tal y alcance sus fines propios en la sociedad.

, Lo perteneciente, lo suyo de cada hombre -su derecho- es lo que le atañe en tanto que persona; la norma señala lo que es inherente a cada persona; y de allí deriva la potestad de exigir de los demás, respeto y reconocimiento.

, La persona, según Boecio, es "rationatis naturae individua substantia", es decir, una sustancia individual de naturaleza racional, y es por eso "lo más perfecto en la naturaleza toda", según expresión de Santo Tomás.

Cada persona se destaca en el conjunto de todos los seres, como una unidad, como un "sistema centrado sobre sr mismo para existir y para obrar" .
La unidad se presenta a primera vista como individualidad. El individuo es uno, y posee su propia realidad. Gracias a ella es distinto de los otros individuos y del conjunto o multitud que compone con éstos.

Unidad significa también algo que se refiere, no sólo a las relaciones externas de los seres, sino a su intimidad. Representa el conjunto de notas y caracteres propios que diferencian a los individuos, aquello que traduce su singularidad. Pero en el ámbito de la persona la unidad asume una significación más profunda: además de individualidad y singularidad, es subsistencia, existencia del ser en si; existencia como fin y no como medio: "Los seres racionales se denominan personas -escribió Kant- porque ya su naturaleza los señala como fines en si mismos;' e.d. como algo que no debe ser usado como simple medio y con ello limita toda arbitrariedad y es objeto de respecto" .

En tanto que fin "la persona jamás puede ser considerada como parte de un todo: familia, Estado, Nación, Humanidad. Ninguna otra persona y, con mayor razón, ninguna otra colectividad, ningún otro organismo, puede usarla legitimamente como medio".
El sometimiento de la persona a fines ajenos a los propios, en tanto que ser espiritual y libre, como pretenden los totalitarismos, significa su más absurda negación.
La subsistencia adquiere su perfección más elevada cuando es conciencia de si misma. "Los demás seres son unidad pero no se

conocen como tal. El hombre es al único entre los seres del mundo sensible que es capaz de conocerse a si mismo, de situarse a sr mismo como un todo independiente" .
Por esta conciencia de su unidad, el hombre se distingue de las cosas y se enfrenta a ellas; asume la posición de sujeto con referencia a los objetos. .
Sentirse distinto de los otros seres es objetivarlos. Después de esta operación, volvemos sobre nosotros mismos y elaboramos ideas para luego retornar al mundo con ellas y actuar de acuerdo con el plan que nos hayamos trazado.
El animal, que carece de conciencia de su unidad, siempre dice "sí" a la realidad, lo mismo cuando la teme que cuando la rehuye; mientras que el hombre "asceta de la vida", eterno protestante, sabe decir "no" .

Para expresarlo en los términos del pensador Ortega, y Gasset, mientras el animal, perdido en el flujo de la existencia es "alteración", el ser humano posee el don del "ensimismamiento", capacidad de volver sobre sí mismo, para enfrentarse con las cosas.
Existir para el hombre es afirmarse en el mundo; existir para el animal es perderse en la vida.
La subsistencia de la persona, su existencia en sí, o, para emplear otro giro, su autonomía en el existir, y su enfrentamiento a. los objetos, esto es, su autonomía en el conocer, que dimanan de su esencia, constituyen sus atributos fundamentales. No se puede negar a la persona, sin menoscabo de lo que es en sí misma, todo lo que sea necesario para subsistencia como tal, y para el progreso de su inteligencia. La vida, la integridad física, el proveerse de los medios necesarios para realizarse a la altura de su dignidad, la comunicación con

las otras personas y con el mundo trascendente, el acceso a las diversas fuentes y manifestaciones de la cultura, son consustanciales con la persona humana.

De la autonomía en el existir y de la autonomía en el conocer, deriva la autonomía en el obrar, la libertad del hombre. Tenemos dominio sobre nuestros actos, obramos por nosotros mismos, somos libres mejor aún, estamos "condenados a ser libres".

La acción libre "se halla estructurada de una manera especial.

Al principio está la auto-unidad del yo. En el curso de la acción, esta auto-unidad se despliega, surge un momento de iniciativa; el sujeto prescinde de todo lo circunstante y de su propio ser; juzga sus distintas posibilidades; se decide por una de ellas; se inmerge en ella realizándola, y recobra, mediante la consumación del hecho, la unidad Primera, la cual, empero, comporta ahora la tensión experimentada y además, un nuevo contenido" 1°.

De aquí esta otra exigencia de la persona, tan necesaria como las dos primeras, su libertad. Libertad para vivir, para pensar, para creer, para conquistar su personalidad moral y para actuar en todos los campos de la vida. Todo atentado contra la libertad del hombre significa un desconocimiento de la dignidad que le corresponde como persona humana.

2.- LA SOCIEDAD Y EL DERECHO

El "desamparo ontológico" de la persona humana, que en la conciencia es sentimiento de limitación, é incesante "afán de plenitud" constituyen la raíz de su vocación social.

La sociabilidad no es un hábito creado por la vida en el hombre, sino un ingrediente de su esencia. Así lo reconoció Aristóteles en

el Libro I de su obra "Política" cuando afirmaba que el ser humano es "por naturaleza sociable" y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por fuerza del azar, es o un ser superior o un degenerado.

El hombre aislado, al margen de la sociedad, es o una abstracción o una hipotesis falsa. En la realidad, observa Martín Buber, se da siempre "el hombre con el hombre". La categoría "entre" es tan primaria como el yo o como el tú y, por eso, nos aproximamos "a la respuesta de la pregunta ¿qué es el hombre? si acertamos a comprenderlo como una dialógica, en cuyo "estar dos en recíproca presencia" se realiza y se reconoce cada vez el encuentro del "uno" con el "otro" .

Son erróneas las viejas teorías en cuando pretenden elaborar una concepción de la sociedad tomando como punto de partida al hombre solo. En el hombre mismo se halla la raíz de lo social porque "el término hombre implica una existencia reciproca del uno para el otro; una comunidad de hombres, una sociedad" .

Como lo señaló Ortega y Gasset: "el hombre está a nativitate abierto al otro que él, al ser extraño; o con otras palabras: antes de que cada uno de nosotros cayese en la Quinta de sí mismo había tenido ya la experiencia básica de que, hay los que no son "yo", "los otros".

La existencia humana se proyecta nacia las otras personas, y la sociedad, que se constituye con ellas, es el medio necesario para su realización, porque la hace posible como ayuda, como 'protección, como colaboración y la facilita gracias a ese

inmenso bagaje de creencias, de usos, de costumbres, etc., formado en el decurso del tiempo.

La vida está rodeada de hechos sociales porque todos somos integrantes de un grupo y gran parte de nuestros actos se dirigen a los demás o a la sociedad misma; además, nuestra conducta está "condicionada" por lo social que se impone en forma de mandatos y de prohibiciones, y, finalmente, se halla "orientada" por factores de esa índole que la encaminan hacia realizaciones intersubjetivas, puesto que el hombre vive también' para los otros.
La sociedad nacida de esta disposición innata del hombre es, pues, una realidad tan primaria como éste, pero lo supera en cuanto a su duración porque sus fines trascienden la existencia de sus miembros.

Por otro lado, para realizar sus propósitos, la sociedad actúa como conjunto, como totalidad, aunque sus actividades estén repartidas entre sus componentes.

Las relaciones del hombre con el hombre son de dos tipos: unas interindividuales y otros sociales propiamente dichas. Los lazos interindividuales vinculan a los hombres en lo que cada uno tiene de auténtico y propio. El amor, la amistad, la devoción, la ejemplaridad pertenecen a ese tipo. "Se quiere al amigo, se ama a la novia, se sigue al maestro, precisamente por las calidades individuales y privativas que se descubre en ellos. Y, por lo tanto, la amada es insustituible; y lo mismo ocurre con el amigo y- con el maestro. Estas relaciones se establecen entre vos individuales, entrañables, irreductibles a otros".

Pero hay algo más: en el amor, en la amistad, en la simpatía a través de sus diversas manifestaciones, los vínculos se establecen de persona a persona y no requieren de un objeto entre ambas.

Las relaciones sociales comprometen otro aspecto de la persona. No vinculan un individuo con aquel otro, sino con "los otros". De ese modo se constituye lo impersonal, lo general, lo indeterminado que es el "se". Las expresiones "se dice", "se piensa", "se rumorea" corresponden a esta dimensión de la vida.

Lo social se teje, no entre los intimos, irreductibles, sujetos "intercambiables, canjeables, fungibles; por ejemplo:
el copartidario, el camarada, el ciudadano, el conductor del consocio, el vendedor, el soldado, etc.". Estas relaciones no se establecen directamente, de persona a persona, como las interindividuales, sino mediante un objeto que les sirve de incidencia: la profesión, la ocupación, el partido, el Estado, el servicio, el empleo, el ejército, etc.

La sociedad asume dos formas: la comunidad y la sociedad propiamente dicha. En la primera, el objeto es "impuesto" por una situación preexistente, en la segunda es "puesto" por el hombre; mientras aquella se origina de un hecho de la naturaleza, del medio o del estado general, la otra nace de una idea, de una representación o de algo que se reduce a un contenido de este tipo; la coerción surge de un modo determinado por presión del objeto en la comunidad, mientras que en la sociedad se funda en un fin racional, en un fin moral y se traduce en normas; la comunidad es acéfala, la sociedad exige una autoridad, una organización, puesto que en ella no

basta la atracción que ejerce el fin por sí mismo.-La vida de la familia cuya esencia es la concordia, la vida de la aldea organizada por la costumbre; la vida urbana, son características de las comunidades, según Tonnies; mientras que la sociedad se realiza en la gran ciudad, en la nación o en el Estado cosmopolita. La agricultura, la economía doméstica, el arte, corresponden, según el mismo sociólogo, a las organizaciones comunitarias, mientras que el comercio, la industria, la ciencia, pertenece a las societarias.

Mientras que la comunidad deriva de esa unidad perfecta de la voluntad humana considerada en su estado primitivo, la sociedad se establece entre sujetos naturalmente separados. Mientras la comunidad es unión pese a todas sus separaciones, la sociedad es separación pese a todas sus uniones. En el orden jurídico su diferencia tiene proyección especial: el derecho comunitario se origina en el pacto; el derecho societario nace del contrato, como promesa recíproca de prestación de servicios .

La presión social, nos dice Maritain, deriva en la comunidad de una coacción que impone al hombre tipos de comportamiento en los cuales la acción está sometida al determinismo de la naturaleza. En la sociedad, la presión social deriva de la ley o de regulaciones racionales, o de una cierta idea de bien común, que formula un Llamado a la conciencia y a la autonomía personales que deben obedecer libremente a la ley".

La sociedad se constituye cuando surge ese estado de conciencia colectiva en el cual las representaciones de todos sus integrantes se unifican y se dirigen hacia el mismo fin. Ese fin es el bien común.

Indiscutiblemente debe tratarse de un bien y que a la vez sea común. Si no fuera un bien, señala Burdeau, "carecería de título para atraer el deseo de los individuos y ser considerado por ellos como un objeto deseable, querido libremente o aceptado, al cual, por lo menos, se adhieran mediante un acto de voluntad reflexiva. Pero este bien, no es el bien particular de cada uno de ellos; interesa, a la vez, a la colectividad y a cada. uno. Interesa a cada uno en la medida en que es elemento del conjunto; es lo que debe definirse, sin ninguna reserva filosófica, como un Bien común".

Pero el derecho no se agota en la vida social de la persona humana que es el ámbito en el cual se realiza. Está conformado por otros elementos: lo normativo como modo de regulación de la conducta y la aspiración hacia valores entre los que se ocupa un especial rango la justicia.

CAPITULO III

EL ORDENAMIENTO DE LA CONDUCTA

1.- las leyes de la naturaleza y las normas de la conducta. 2.- Las normas propiamente dichas y las reglas técnicas. 3.- Caracteres de las normas. 4.- División de las normas.

1.- LAS LEYES DE LA NATURALEZA Y LAS NORMAS DE LA CONDUCTA

La naturaleza está constituida por todos los seres, tanto orgánicos como Inorgánicos, que forman ese Inmenso "conjunto de lo que ha nacido por si, de lo oriundo de si y entregado a su propio crecimiento".

Las relaciones que entre tales seres se establecen, se expresan mediante proposiciones enunciativas que se denominan leyes.

Esas leyes traducen vinculas de tipo causal, que según la, fórmula del físico alemán Helmholtz, indican que "a determinadas condiciones, que en, cierto respecto son iguales, se hallan siempre unidas determinadas consecuencias, que en otro cierto respecto también son iguales" .

Hay que admitir, sin embargo, que las leyes de la naturaleza no son tan rigurosas y que, muchas veces, se apoyan en probabilidades, , lo que ha llevado a los científicos a considerarlas como expresión de relaciones relativamente constantes y relativamente Invariables de los fenómenos.

La conducta del hombre, esto es, su actividad consciente y libre, no es susceptible de ser explicada por ese tipo de leyes, puesto que los actos que la constituyen no se vinculan por el nexo de causalidad. La conducta humana se orienta hacia fines, persigue la realización de algo que "debe ser" Y se expresa mediante normas.

En las primeras etapas de la civilización, no aparece clara la diferencia entre las normas de conducta y las leyes de la naturaleza.

Los hombres primitivos Y los pueblos que en la actualidad se llaman primitivos, no se valen del principio de causalidad para interpretar las relaciones que existen entre los hechos del mundo físico. Para ellos, la naturaleza no es "un conjunto de elementos distintos de la sociedad, sino cabalmente un sector o

trozo de ésta y sometida, por tanto a las mismas leyes o, mejor dicho, a las mismas normas" .

No caben ahora tales confusiones. La ciencia ha llegado a formular el esquema general de las leyes de la naturaleza de este modo: "Si A es, es B", que indica que dentro de las mismas condiciones los hechos deben realizarse de una manera determinada. El esquema general de Il;!s normas, "A debe ser B",indica que la conducta humana debe orientarse hacia un debe ser.

Las diferencias son, pues, netas y claras. Si la naturaleza es el reino de la necesidad, las leyes científicas que la interpretan indican que sus fenómenos sucederán Siempre así porque- así han sucedido. Si la conducta humana es libertad, Ias normas apuntan hacia un debe "Ser; para esa libertad.

La universalidad es otra de las características de las leyes naturales. Si dejan de realizarse o se realizan de modo diferente los hechos que enuncian, dejan de ser tales leyes. Las normas de conducta no; el incumplimiento de sus preceptos, no les hace perder validez. Más aún, .nunca brillan tan claro, se ha dicho, expresando de ese modo una 'hermosa verdad, que cuando han sido violadas o infringidas.

Las leyes de la naturaleza se refieren a relaciones inmutables.
Las reglas de conducta, dependen de la actitud que adopta el hombre frente a los valores en las diversas épocas de su historia.

La sencillez de un ejemplo precisará esas diferencias. "Cae de lo alto una piedra y mata a un hombre, escribe el profesor Legaz Lacambra. ¿Pudo la piedra dejar de caer supuesto que fuese arrojada por una mano o se desprendiese de un bloque por una Causa cualquiera?

No, en virtud de la ley gravedad. Obsérvese que no decimos norma de la gravedad. Pero si la piedra fuese arrojada por una mano a la que movió el propósito de que se produjese el daño,'" debe ser castigado el causante de ese daño; debe serio en virtud de una norma que así lo establece" .
Las normas expresan que determinada conducta debe ser "lo cual tanto puede ser como no ser, en la realidad, puesto que depende de un arbitrio humano. Precisamente porque en el mundo real puede no cumplirse lo que la norma estatuye, por eso la norma tiene sentido como tal norma. Si lo que la norma dice se realizara siempre y necesariamente, forzosamente, entonces la norma perdería su carácter de "debe ser", dejaría de ser tal norma, y se transformaría en una ley (en la expresión de una concatenación causal constante de fenómenos) 6.
Los elementos de la norma son tres: el sujeto a quien se dirige;
algo que se imputa a ese sujeto y la función imputativa que es el "debe ser". Así se dice: el hombre debe ser veraz; el que promete algo debe entregar lo prometido; el amigo debe respetar al amigo.

Algunos autores sostienen que las normas sólo constan de dos elementos: el sujeto y la imputación, puesto que esta última es impensable sin la idea que indica el debe ser que le es inherente.

En cuanto a su contenido mismo, no cabe sostener que la norma exprese un mandato particular ni un deseo general. Es cierto que el querer puede asumir la forma de orden o mandato, pero la norma significa un debe ser. Un mandato caprichoso o el simple deseo de una sociedad determinada, no constituyen normas de conducta.
La norma expresa que algo debe ser porque ha sido reconocido como valioso.

De este análisis se desprende "que toda proposición normativa supone cierta clase de valoración (apreciación, estimación), por obra de la cual surge el concepto de "lo bueno" (valioso) o "malo" (no valioso) en un sentido determinado y con respecto a cierta clase de objetos, los cuales se dividen en buenos y malos con arreglo a ese concepto. Para poder pronunciar el juicio normativo "un guerrero debe ser' "' valiente", necesitamos tener algún concepto del "buen guerrero"; y este concepto no puede radicar en una arbitraria definición nominal, sino tan sólo en una valoración general, que permite estimar a los guerreros ya como buenos, ya como malos, por éstas o aquellas cualidades" .

2.- LAS REGLAS Y LAS NORMAS TECNICAS

La actividad del hombre se ordena directamente hacia sí mismo o se proyecta hacia el mundo exterior para modificarlo o transformarlo o realizar en el seno de éste un propósito cualquiera. Aquella forma de actividad constituye el "obrar", a ésta - se le denomina "hacer".

La primera tiende a la perfección de la persona mismo, cuyo permanente imperativo es realizar su personalidad como ideal de vida; la segunda se objetiva en el ámbito de las cosas.

El obrar del hombre se orienta hacia lo valioso y sigue el camino que le señalan las normas; el hacer busca realizaciones externas y se rige por las denominadas reglas técnicas.

De aquí se desprende que la conducta obedece, en cuanto persigue los dos tipos de fines señalados, a normas y a reglas técnicas entre las que existen diferencias sustanciales.

Hemos señalado que el debe ser constituye el contenido de las normas; mientras que el de las reglas técnicas es una relación de necesidad, sea ésta física o lógica. "El hombre debe ser justo", he aquí una norma que prescribe que debe realizarse la justicia como algo valioso. "Para dilatar un cuerpo, haced que influya sobre él la acción del calor", he aquí una regla técnica que señala la manera de lograr un propósito en el mundo de los objetos exteriores.

Las normas suponen juicios de valor; las reglas técnicas constituyen o aplicación de las leyes de la naturaleza, que por tal razón expresan, como éstas, relaciones necesarias, o traducen procedimientos convencionales para la realización de un objetivo.

El obrar se rige por prescripciones que se dirigen a la conducta libre del hombre; el hacer debe guiarse siempre por aquello que sea mejor en cuanto se refiere al empleo de los medios y a la consecución de un resultado.

De acuerdo con la manera como disponen, es saltante la diferencia entre las normas y las reglas. Las primeras señalan una conducta como valiosa; interesa a las segundas el modo de obtener tales o cuales resultados.

En cuanto a su finalidad, mientras las normas apuntan hacia valores, las reglas buscan resultados.
Por otra parte las normas indican caminos para la conducta humana y la dejan en libertad para seguirlos o no; las reglas sugieren conveniencias para alcanzar propósitos concretos y siempre en función de ellos.

Finalmente, si nos atenemos a su jerarquía, las reglas están subordinadas a las normas pero no las normas a las reglas. Los deberes morales, en el quehacer profesional, por ejemplo, ocupan un plano superior al de los procedimientos empleados para alcanzar determinados fines prácticos.

3.- CARACTERES DE LAS NORMAS

Goblot, en su conocido "Tratado de Lógica" sostiene que las ciencias normativas se caracterizan porque sus proposiciones expresan juicios de valor que señalan los fines de la actividad humana (el bien, la verdad, la belleza) y los medios adecuados para alcanzarlos.

Las formas del pensamiento que revisten ese carácter-el de juicios de valor- no se confunden ni con las leyes científicas ni con los enunciados generales sobre la validez de los valores. Mientras la ley científica indica que los hechos han sido, son y, por tanto, serán, de un modo determinado, y los enunciados generales antes señalados, se refieren a los valores en sí mismos o los describen, las normas prescriben o prohiben una conducta como valiosa o no.

Es fácil el distingo entre estas tres proposiciones: "los cuerpos se dilatan por el calor", "el respeto a la dignidad humana es necesario para la vida en sociedad" y "no se debe atentar contra la intergidad física y el honor de los demás".

Por otra parte, las normas se diferencian de las simples órdenes o mandatos. Estas expresan la voluntad de un sujeto que tiende a provocar una conducta en otro u otros, mientras que las normas señalan algo que debe ser.
Las órdenes o mandatos, aunque se admita que puedan provenir no de una persona concreta, sino de una sociedad determinada, se distinguen por su particularidad; las normas son generales, señalan que el debe ser que traducen, debe realizarse, sin determinar la persona obligada.

Estas notas no bastarían para precisar la naturaleza de las normas. Se ha dicho que expresan algo que la conducta debe realizar y que son además generales, pero dichos elementos por sí solos no las sacan del plano teórico. Las normas son algo más: no sólo enuncian o describen, sino que prescriben. Al señalar que una conducta es valiosa, indican que debe ser porque es valiosa y no porque proviene de un imperativo o mandato. La prescripción, como nota interna de la norma, no deriva de un hecho psicológico, sino de su contenido, del "debe ser normativo".

4.- DIVISION DE LAS NORMAS

La conducta del hombre reviste varias formas: conducta religiosa, conducta moral, conducta jurídica, conducta social. Estas diversas formas de la actividad consciente y libre, se

encauzan por otras tantas clases de normas: religiosos, morales, jurídicas, sociales.

Las normas religiosas prescriben el comportamiento que el hombre debe observar para con Dios de acuerdo con sus creencias. De tales creencias derivan preceptos morales que tienen la naturaleza de las normas de esta especie.

Las normas morales persiguen la realización de lo moralmente valioso, de conformidad con los principios que cada persona admite.
Las normas jurídicas regulan la conducta social humana para alcanzar justicia; en tanto que las normas sociales se refieren a relaciones interindividuales derivadas de las necesidades de la existencia en sociedad.

Sin embargo, todas las normas no son puras. Las normas religiosas son morales o jurídicas, y las políticas son de este último carácter. En tal sentido, son normas autónomas solo las morales, las jurídicas y las de trato social, discutidas por algunos autores.

CAPITULO IV

EL DEBE SER

1.- La norma y el debe ser. 2.- La Norma como objeto cultural.

1.- LA NORMA Y EL DEBE SER

La vida humana no se da como algo fijo y acabado; es más bien un continuo hacerse, un proceso cuyos actos se proyectan incesantemente hacia el futuro.

Este proceso que es la existencia del hombre, significa búsqueda constante de aquellos objetos deseables o valiosos que por ser tales constituyen bienes. Aristóteles escribió, con mucha exactitud, que "toda acción o elección parecen tender a algún bien" y que bien es "aquello a que todas las cosas aspiran" 1, La conducta se dirige hacia bienes que para ella son sus fines que, a su vez, apuntan hacia valores 2,

1. Aristóteles. Etica Nicamaquea. Versión de A. Gómez Robledo. México 1957. Lib: l., pag. 21.

2. los valores se caracterizan no porque son sino porque "valen", como lo anotó Lotze. La tesis subjetivista afirma que los valores no son independientes de lo voloración, Para Meinong son impesiones subjetivas y variables en función de los sentimientos, según Ehrenfeis dependen de la deseabilidad. Como lo anota García Morente "la serie de las impresiones subjetivas de agrado o desagrada no coinciden ni de hecho ni de derecho, con las determinaciones objetivas del valor y del no valor". Por su parte, el objetivismo axiológico considera que los valores son autónomos, independientes de todo sentimiento o deseo. Para Scheler son esencias irracionales que se dan a una intuición emocional y tanto los valores como sus conexiones son apriorísticos. Según Hartmann, los valores constituyen un reino especial de objetos que no se pueden ver ni tocar y que sólo son

aprehensibles por intuición del espíritu. Nada existe que no sea ser, por lo cual hay que entender que el valor pertenece al mundo del ser. El bien constituye una de las propiedades trascendentales del ser de donde se desprende que ser y bien coinciden. Ens et bonum convertuntur, dice el adagio escolastica. El ser -esto es, el bien- en tanto que querido, como fin de la acción, es el valor.
"El valor, dice lavelle, es el ser mismo definido como objeto de un supremo interés, es decir, de un acto de amor".
los valores' presentan ciertos caracteres: la bipolaridad, contraposición de un valor a su contrario; implicancia recíproca derivada de esa "fuerza expansivo" de los valores que arrastran a los demás a su propia esfera; su referencia hacia algo, valen con relación a un determinado fin; imponen una preferencia; se ordenan dentro de una jerarquía y son extraños a la cantidad, al tiempo y al espacio.

Scheler ha señalado la vinculación entre esa triple instancia constit:Jída por los objetivos, los fines y los valores. Los objetivos son inmanentes a la tendencia misma y residen en el acto del apetecer. Los fines pertenecen a la esfera de la representación y se dan como algo por realizar. Los valores van incluídos en los objetivos y constituyen su fundamento. No hay fines sin objetivos que los soporten, pero pueden darse éstos sin aquéllos. La fundación de un hospicio es un objetivo;
la ayuda al prójimo el fin; la caridad el valor.

Las normas al prescribir una conducta señalan fines y, a través de ellos, apuntan hacia el mundo de los valores. Por eso, ha

escrito Recasens Siches, "toda idea de debe ser, de normatividad, se funda en una estimación, esto es, en un juicio de valor".

Surge aquí un problema a la vez axiológico y ético. ¿Por qué debe ser la conducta señalada como conducta valiosa por la norma? Es necesario distinguir el debe ser ideal de los valores del deber ser normativo propiamente tal.

El debe ser ideal enuncia teóricamente que algo valioso debe ser, independientemente de la subjetividad u objetividad de los valores o de la existencia o inexistencia del ser capaz de realizarlos. La justicia debe ser; la sinceridad debe ser.

La otra forma del debe ser es el debe ser normativo. Este se relaciona directamente con la conducta del hombre, expresa un "debe hacer". Sé honesto; sé veraz.

Scheler ha observado con certeza, que todo debe ser se funda en valores, pero que los valores no se fundan, en modo alguno, en el debe ser. La relación entre el debe ser ideal y los valores está regida por dos axiomas: "primero, todo lo que es positivamente valioso debe existir; segundo, todo lo que es negativamente valioso no debe existir".

Del mismo modo que el debe ser ideal se apoya en valores, el debe ser normativo se basa en un debe ser ideal, y así como la conexión entre el valor y el debe ser ideal es unilateral y no recíproca, lo es también la que existe entre las dos formas del debe ser. Esto significa que toda norma expresa un debe ser ideal, pero no que todo debe ser ideal implica una proyección normativa.

Todo debe ser ideal es un debe ser "algo" que consideramos como "debido". La primera de estas dos notas -el contenido del

debe ser- no es ni una síntesis de valores "ni el valor de la existencia de tales valores", sino ese algo no existente. La segunda significa que el debe ser es independiente del futuro; que se refiere igualmente al presente y al pasado. "Por ser esto así, a Kant le asiste toda la razón cuando dice, que "el bien debe existir aun cuando no haya existido nunca ni en ninguna parte" .

El problema del debe ser normativo se concreta en esta pregunta: "¿por qué debo hacer lo que debe ser?".
La respuesta es que "hay un debe ser ideal también para el ser de una tendencia y de un querer determinados". Del mismo modo que el debe ser ideal aspira hacia algo que se considera como inexistente, el debe ser nominativo apunta desde algo que no es por lo cual debe ser- hacia el debe ser de una tendencia. El debe ser para la tendencia es un bien.

Pero es necesario salir del plano teórico al de las realizaciones. El debe ser ideal debe llegar al orden de la voluntad. Una cosa es admitir que algo deba ser porque aún no es, y otra es que tenga que ser, que deba cumplirse. El debe ser señalado por la norma se basa en "la suposición de un acto de ordenar, sin que para el caso importe cómo ha de llegar al querer esa orden, bien sea merced a la autoridad, o gracias a la tradición".

De todo esto se desprende que el debe ser normativo significa la relación del debe ser ideal con un querer que se dirige hacia un bien; de donde nace la exigibilidad de dicho querer, esto es, el fundamento de la conducta impuesta por la norma.

Aparece claro también que el "debe hacer", que preceptúa la norma, no es el debe-ser ideal (del que depende), sino una

especificación de éste mediante un imperativo. En otros términos: las normas no imponen la realización de valores considerados como tales. Si bien es cierto que se fundan mediatamente en ellos, al preceptuar un debe ser a las tendencias, se limitan a orientarlas hacia su realización.
. El debe ser en el plano ideal es, pues, el debe ser- de los valores. El debe ser normativo, el debe hacer, fundado en aquél, es el debe ser de las tendencias, que se convierten en exigencia para la voluntad mediante una orden o mandato, que significa una especificación del debe-ser ideal.
Desde el punto de vista ontológico el debe ser normativo implica la realización del ser en tanto que querido -que es el valor- que se impone a nuestro querer.

2.- LA NORMA COMO OBJETO CULTURAL

Las normas de conducta que apunta hacia los valores, pertenecen al mundo de la cultura.
Con Rickert, entendemos por cultura "lo producido directamente por el hombre actuado según fines valorados, ya sea si una cosa existe de antes, como lo cultivado intencional mente por él en atención a los valores que en ello residan" 1°.
Constituyen la cultura todos aquellos productos que nacen de la actividad objetivamente del hombre, cuya variedad es verdaderamente infinita, tales como el lenguaje, el mito, el arte, la ciencia, la filosofía, la técnica, el derecho las creaciones culturales significan la encarnación de valores en el mundo de las cosas la persona humana que las realiza es una verdadera "instancia mediadora" entre esos dos reinos.
En cada objeto cultural debe distinguir tres ingredientes: el soporte material, el espíritu y el valor.

La objetivación sólo puede realizarse gracias a ese soporte que es como la base para los otros componentes. Colores, sonidos, palabras, escritos constituyen ese elemento.
Más importante es el espíritu que se "materializa" en las cosas, y que queda en ellas como un sentido. Ese sentido puede ser obra de un hombre individual o de un sujeto colectivo, pero necesita independizarse de sus creadores para asumir rango cultural.

Finalmente, se dan los valores. "El valor no es un elemento efectivo en la cultura, como es la objetivación espiritual con la base material, sino la referencia ideal que la determina. Los valores planean sobre el individuo y sobre la cultura, los gobiernan en mayor o en menor medida desde arriba" .

La cultura es, pues, objetivación espiritual, o para designarla con frase de Hegel, "espíritu objetivo".
La objetivación del espíritu se realiza de varios modos que lo son, no del valor, sino de las estructuras culturales, de su realización.
Freyer ha propuesto una interesante clasificación: 1) formaciones o creaciones (teorías: doctrinas religiosas, la filosofía y las ciencias; obras de arte) que tienen cabal sentido en sí mismas; 2) útiles, maquinarias, herramientas(esto es, todo lo que ha sido hecho para algo, que tiene proposito aplicativo práctico); 3) signos (el lenguaje, la notación matemática o química, etc.) que expresan algo; 4) las formaciones sociales (la costumbres en derecho) en las que se encarnan el espíritu colectivo; y 5) la educación, como esquema al que el individuo se incorpora.

La cultura, que constituye la más genuina creación del hombre, influye constantemente sobre él. Si bien es cierto que significa ese ambiente propio de la persona, que traduce sus más hondas necesidades espirituales en cuanto se objetiva, en cuanto se concreta en creaciones, ejerce las más diversas y profundas influencias sobre la vida de aquella.

Las normas, cualquiera que sea su contenido, sea éste religioso, moral, jurídico o de trato social, expresan mediante signos, un debe ser que hace referencia a valores. Constituyen auténticas creaciones culturales.

CAPITULO V

DEFINICION DEL DERECHO

1.- Las diversas concepciones del derecho. 2.- El derecho como vida social del hombre, como norma y como valor. 3.- Elementos para una definición del derecho.

1.- LAS DIVERSAS CONCEPCIONES DEL DERECHO

La historia del pensamiento ofrece las más diversas concepciones sobre el origen del fenómeno jurídico, su naturaleza, los modos como ~e le conoce y el fundamento último de su validez .

J. Castán Tobeñas en "Las Diversas Escuelas Jurídicas y el Concepto de Derecho". Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, págs. 6. a 15, presenta entre otras, las siguientes clasificaciones de los sistemas jurídicos:

Para Vanni, los sistemas jurídicos se dividen: al en atención al principio cognoscitivo que los informo: en sistemas que se mantienen en el campo de la experiencia (realismo, historicismo, positivismo, utilitarismo) y sistemas que trascienden la experiencia, b) por la solución dado al problema de la justicia: sistemas negativos' --que sostienen que el derecho se justifica solo 'porque existe-- realismo, historicismo, positivismo, sistemas afirmativos --que buscan un principe superior al puro hecho- sistema teológico, sistema intuicianista, sistema de derecho natural, sistema de derecho racional, sistema racional histórico del derecho; el sistema que identifica el principio de justicia con el de utilidad: utilitarismo.

Picard, atendiendo al origen o al fundamento del derecho, separa los siguientes grupos de teorías: aJ teorías o escuelas del derecho arbitrario o que se deriva de la voluntad (Escuela . teológico, que sostiene que el derecho emana de Dios; Escuela Autocrática, según la cual el derecho emana del soberano,> Escuela del Contrato Social para la cual el derecho depende del consentimiento de los hombres reunidos en sociedad); bJ Teorías o escuelas del Derecho cósmico o existente en la naturaleza (Escuela espiritualista que profesa que el derecho se descubre en la conciencia y, sobre todo, en la razón actuando sobre sí misma; Escuela Histórica según la cual el derecho se descubre en la naturaleza evolucionando a través del tiempo, o lo que es igual, en lo Historia, Escuela positivista que no admite otro método que el de la observación de las realidades natural y psíquica).

Aramburu, recoge las siguientes teorías:
I.- Teorías Etocráticas (Platón, Aristóteles, Séneca.
II.- Teorías Teológicos (Santo Tomás de Aquino, Francisco Suárez.
III.- Teorías Consensuales (Gracia, Hobbes, Spinoza, Rousseaul.
IV.- Teorías Racionalistas (Kant, Fichtel.
V.- Teorías Panteistas ISchelling, Hegel, Krouse).
VI.- Teorías Históricas (Savigny; Stahll.
VII.-

Entre estas tesis, derivadas unas de doctrinas filosóficas, y surgidas otras como puntos de vista sobre el derecho mismo, cabe acéntuar las diferencias que separan tres posiciones extremas: aquella que considera el derecho bajo el aspecto de vida social humana; la que lo reduce a sistema de normas o de leyes y la que lo explica como realización de ideales o valores.
Si bien es cierto que el derecho es una necesidad de la existencia social del hombre, no puede concebirse como simple resultado de la vida. Renard ha expresado con acierto que "si la vida no tiene otras reglas que ella misma, todo es bueno, todo es legitimo, desde el momento en que brota de la vida; todo freno a la explosión de la vida es condenable; toda barrera 'es contra el derecho; toda disciplina es injusta; todo freno moral es contra la naturaleza, etc." 2.
Tampoco se reduce el derecho a una simple estructura normativa despojada de todo contenido al cual los partidarios de esta dirección atribuyen un sentido "metajurídico". Kaufmann, llama con certeza a este geometrismo "ciencia del derecho sin idea del Derecho".
No menos infecunda es, finalmente, la teoría del derecho como conjunto de ideales o valores, alejados de la vida, con la que es

tan dificil relacionarlos, igual que las ideas platónicas con las cosas .

La oposición entre estas tres concepciones, ha constituído uno de los más serios obstáculos para una cabal visión de lo jurídico.
Al referirse a la antitesis entre el Historicismo, que obedece a la primera tendencia, y el Jusnaturalismo que sigue la última, anota Emil Lask: "El Historicismo constituye exactamente el reverso del Derecho Natural, y en esto radica su significación fundamental. El Derecho Natural -quiere sacar mágicamente de lo absoluto del valor el sustracto empírico; el Historicismo quiete sacar mágicamente del sustracto empírico el absoluto del valor. El Derecho Natural destruye, es verdad, la autonomía de lo empírico por la hipostasiación de los valores; por ello incurre, como vimos, en el error de historicidad. Sin embargo, el hecho de haber creído, de alguna manera, en normas intemporales, más allá de la Historia, no ha sido como muchos piensan un error refutado por el esclarecimiento histórico del presente, sino que ha sido su mérito inmortal. El Historicismo, por el contrario -no la Historia ni la concepción del mundo. El constituye la forma más moderna, más difundida y más peligrosa del relativismo, o sea la nivelación de todos los valores".

Del mismo modo, el normativismo "obstruye toda auténtica comprensión de la naturaleza del derecho" o, para expresarlo con palabras de E. Bodenheimer, "deja de lado que aquél encarna ciertos valores y no es únicamente un mecanismo inanimado de coacción".
De aquí la necesidad de superar las limitaciones de los tres puntos de vista anotados e integrarlos en una concepción total y

fecunda que acentúe su aspectos valiosos y elimine sus negaciones estériles .

2.- EL DERECHO COMO VIDA SOCIAL DEL HOMBRE COMO NORMA Y COMO VALOR

El derecho pertenece al mundo de la cultura, y puede ser comprendido sólo mediante conceptos culturales.
. Los conceptos ontológicos se refieren a los seres, los axiológicos abarcan las notas que atribuimos a los valores en tanto que tos culturales comprenden aquellos objetos portadores de un sentido espiritual.

El sustracto empírico del derecho, igual que el de los otros objetos de la cultura, está formado por todo el conjunto de hechos que constituyen las construcciones o realizaciones jurídicas con su íntima coherencia o trabazón.
En el mundo de esas realidades late un sentido porque ellas son portadoras de significaciones para la vida social del hombre; llevan como grabado o impreso algo que intuímos o interpretamos, y al igual que las otras creaciones culturales, los objetivos jurídicos están Informados por valores. Entre esos valores tiene carácter rector la justicia.
La comprensión de este reino de los objetos culturales exige que sean aprehendidos su sentido y su fin. El sentido del derecho depende de su relación con la conciencia colectiva, con sus anhelos y necesidades; el fin es su orientación hacia un orden social justo.
Reducir el derecho al sustracto empírico de la norma o definirlo simple y llanamente como conjunto de normas, conduce a una grave confusion. Nada diferenciaría en ese caso lo que debe

entenderse como derecho de la arbitrariedad o de los dictados de la fuerza. Por otra parte, las aspiraciones sociales por sí solas, o los valores considerados sin ninguna relación con la conducta humana y los fines que persigue, no constituyen derecho.
Reconocemos la exactitud de las palabras de Radbruch cuando expresa que "El concepto del derecho es un concepto cultural, lo que es lo mismo un concepto de una realidad referida a valores, una realidad cuyo sentido consiste en estar al servicio de valores. El derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de derecho. El concepto de derecho está, pues, predibujado en la idea de Derecho". La idea de derecho no es otra que la justicia.

3.- ELEMENTOS PARA UNA DEFINICION DEL DERECHO

Tres son los caminos que hemos seguido para llegar a una definición integral del derecho: la sociabilidad del hombre nacida de su propia naturaleza; la exigencia de regular su conducta mediante normas y el debe ser orientado hacia valores.
La teoría tridimensional del derecho sustentada por el tratadista brasilero Miguel Reale, lo considera como integración de tres elementos: hecho, valor y norma, pero no en una referencia genérica y abstracta, como en el culturalismo de Lask y de Radbruch o en los estudios de Roscae Pound, Julius Stone y Jerome Hall, que separan aquellos elementos, sino de modo específico y concreto, reuniéndolos en un complejo unitario. En todas las acciones humanas dice Reale, hay "el hecho de una energía espiritual que imantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como ley, como forma, como actitud o como norma" .

Esta doctrina que reclama la juntura de "las tres perspectivas" en una unidad funcional y de proceso es la concepción tridimensional específica e integrante del derecho.
Expresa el eminente jusfilósofo Recasens Siches. Esa realidad que constituye el Derecho, y que posee la dimensión de referirse a valores, tiene forma normativa. O sea, el Derecho es norma, con especiales características, elaborada por los hombres con el propósito de realizar valores" . No es valor puro, ni mera norma, ni simple hecho social, sino la conjunción de esos tres factores.

Son elementos integrantes de una definición del derecho: la conducta social del hombre como persona, la necesidad de regularla mediante un sistema de normas y los valores hacia los cuales debe orientarse esa conducta.
La existencia de la sociedad reclama la ordenación de las relaciones intersubjetivas y que el esfuerzo de todos sus componentes se oriente hacia la realización del bien común.
Las normas son reglas que señalan el sentido y los límites de la acción en orden al logro de esos fines.
Los valores son los principios ideales que deben regir toda convivencia humana justa.
De allí que el derecho pueda considerarse como "la regulación de la vida social del hombre para alcanzar la justicia" .

Legaz Lacambra define el derecho como "una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia, que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad dotado de valor autárquico". Filosofía del Derecho. Bosch, Barcelona, pág. 193.

SEGUNDA PARTE

LAS CIENCIAS DEL DERECHO

CAPITULO I

LAS DISCIPLINAS JURIDICAS FUNDAMENTALES

1.- La cientificidad del derecho. 2.- El método. 3.- Las disciplinas jurídicas fundamentales. 4.- La Dogmática Jurídica o Ciencia del Derecho propiamente dicha. 5.- La Sociología del Derecho. 6.- La Filosofía del Derecho. 7.- La Historia del Derecho. 8.- La Ciencia del Derecho Comparado.

1.-LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO

Las ciencias del Derecho constituyen un conjunto orgánico de disciplinas que estudian en forma ordenada y sistemática ese objeto que se llama "derecho".
Antes de esbozar el método y el contenido de las Ciencias del Derecho, surge esta duda inicial: ¿Es posible el estudio científico del Derecho? En otros términos: ¿El derecho es objeto de9iencla?

La posicion esceptica, 'que a mediados del siglo' XIX, en 1847, en su discurso titulado "Die Werthlosgkeit der Jurisprudenz als Wissenchaft" esgrimió el fiscal berlinés J. V. Kirchman niega la cientificidad de la jurisprudencia.

No tiene carácter de ciencia el saber jurídico, proclamó enfáticamente Kirchmann, porque no es tm saber racional sino de orden afectivo que reside "en las obscuras regiones del sentimiento y del tacto natural".

Si se considera que el derecho pertenece a un saber de ese tipo, nacido de las potencias irracionales del hombre, irreductible a la razón, no puede atribuirsele cientificidad alguna.
Pero no son los cultivadores del derecho quienes determinan el carácter del saber jurídico, sino el objeto mismo de éste, según la tesis comentada.

Las ciencias de la naturaleza' se refieren a lo que es necesario y permanente en las cosas. "La hierba más humilde, dijo el mismo Kirchmann, lleva este sello; toda criatura es verdadera, concuerda consigo misma, sin que pueda a su arbitrio falsearla la ciencia" 2. No sucede lo mismo con el derecho, sometido, a cambios incesantes y a mutaciones arbitrarias, a merced de posiciones subjetivas.

Esta misma tesis marca el contraste entre las leyes cientifica naturales y aquellas con que Se pretende constituir la ciencia jurídica.

Mientras las primeras, con seguro fundamento objetivo, expresan relaciones permanentes entre las cosas, las otras se transforman incesantemente a medida que evolucionan las instituciones sociales. "La tierra sigue, girando alrededor del sal, Como hace mil años; proclamó el mismo Kirchmann, los árboles crecen y los animales viven como en los tiempos de Plinio. Por consiguiente, aunque el descubrimiento de las leyes de la

naturalelza y de su poder haya requerido largos esfuerzos, tales leyes son, por lo menos, tan verdaderas para la actualidad como para los tiempos pasados, y seguirán siéndolo para siempre. Muy otra cosa es la situación de la ciencia jurídica. Cuando ésta, tras largos años de esfuerzo ha logrado encontrar el concepto verdadero, o la ley de una institución, hace ya tiempo que el objeto" se ha transformado. La ciencia llega siempre tarde con relación a la evolución progresiva; no puede nunca alcanzar la actualidad. Se parece al viajero del desierto: divisa lejos opulentos jardines, ondulantes lagos, camina todo el día, y a la noche están todavía tan alejados de él como por la mañana".

La generalidad de las leyes científicas, se argumenta, no admite excepciones ni casos anormales. Otra cosa pasa con el Derecho, que se ocupa; no precisamente de la generalidad, sino de todos aquellos hechos que significan la violación ola trasgresión de las normas cuya existencia, además, está sujeta a la voluntad humana.
La posición de Kirchmann llevó a numerosos tratadistas (Tarde, Durkheim, Espinas, Levy-Bruhl, Ardigó, Ferri) hacia una concepción científica natural, del derecho, y a otros (Lundstedt, Olivecrona, Ross y la Escuela de Upsala) a impugnar su carácter científico racional.

"Por obra de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que solo viven de la madera podrida, desviándose de la sana establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingente; tres palabras redificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura'

Advierte Larenz, al referirse a la posición escéptica de Kirchmann, que el derecho es una ciencia, y no una simple tecnología "porque ha desarrollado métodos que apuntan a Un conocimiento racionalmente comprobable" 5, aunque no pueda alcanzar la exactitud de las ciencias matemáticas y de las ciencias naturales y que muchos de aquellos "sean sólo de validez condicionada temporalmente" 6. La posición que niega la 'cientificidad del derecho, comete estos errores: toma como modelo de ciencia a las matemáticas y a las ciencias naturales, y considera que todo saber científico es saber de lo general y saber por causas.

Aparte de esta posición, hay que reconocer que en el derecho conjuntamente con factores particulares y cambiantes, existen otros esenciales y permanentes que constituyen, como su verdadero fundamento, el objeto de ciencia en el sentido clásico de este concepto.

En el campo de la moderna investigación, además de las disciplinas científicas antes mencionadas, se dan las llamadas ciencias culturales que "estudian el ámbito propiamente humano de la realidad, el hombre en su peculiaridad y como creador y habitante del mundo de la cultura, y la cultura misma. El dominio de estas ciencias excluye en principio lo que el hombre hay de común con los demás seres vivos, lo que en él es naturaleza, y comprende dos grandes apartados: la indagación del hombre en cuanto ente psíquico espiritual (psicologia) y el de las estructuras que crea y convierte en su ambiente específico, como el derecho, la sociedad, la ciencia, el lenguaje, la técnica, etc. (ciencia de la cultura)" .

Mientras las ciencias naturales pretenden la formulación de conceptos universales, que excluyen lo individual porque es inesencial, y su método es generalizador, las ciencias de la cultura, según la acertada denominación de Rickert, se ocupan de "la totalidad de objetos reales en que residen valores universalmente reconocidos y que por esos mismos valores son cultivados" .

Las disciplinas jurídicas se integran dentro del conjunto de las ciencias del espíritu y de la cultura.

2.- EL METODO

Con toda exactitud afirma Hernández Gil en su "Metodología del Derecho" que "la naturaleza del método ha de venir determinada por la naturaleza del objeto a considerar. En cuanto el Derecho acota una zona específica de la realidad y cumple función propia, reclama un método propio. De aquí que métodos válidos para otras disciplinas no lo sean para la nuestra".

Cabe distinguir los métodos de conocimiento del Derecho, de los métodos de aplicación, que pertenecen a la Técnica Jurídica, y de los métodos de enseñanza que corresponden a la Pedagogía Jurídica.

El autor antes mencionado, después de tratar de la doctrina del Derecho Natural, tipifica los siguientes métodos: a) Métodos exegéticos. La escuela francesa de la exégesis; b) La Escuela histórica. Iniciación a los métodos dogmáticos; c) Métodos dogmáticos y constructivos (positivistas y formalistas) d) Métodos que significan la revisión de los tradicionales; e) la

denominada. Escuela científica francesa; f) Métodos teleológicos; g) Realismo jurídico en general; h) Métodos político-jurídicos; i) Intentos de superación y sincretismo metódicos.

A la peculiaridad del Derecho como objeto cultural corresponde el método que debe emplearse para alcanzar su conocimiento y su estudio adecuados.
Mientras las ciencias de la naturaleza se vaten de la explicación de los hechos y los fenómenos, las disciplinas culturales, a cuyo ámbito pertenece el Derecho, buscan el sentido que se expresa a través de determinados objetos. "La naturaleza se explica; la vida del espíritu se comprende", escribió Dilthey, marcando así las diferencias metodológicas entre las dos formas del saber.

El método que corresponde al modo de ser de los objetos culturales se denomina comprensión. La comprensión es el camino que se debe seguir para llegar desde el sustracto material de aquellos objetos hacia su sentido, con el fin de aclarar los enlaces que entre ellos se traban para formar 'complejos valiosos o estructuras.
Frente a los objetos que constituyen ese reino de la cultura, no cabe observar un comportamiento neutral como frente a los hechos físicos y naturales. El centro de gravedad del problema de la valoración se halla en la "puesta de valor" que constituye una actitud personal.
Para distinguir los métodos de las ciencias naturales de los que pertenecen a las culturales, observemos que un mismo hecho o una misma realidad, pueden ser aprehendidos con criterio naturalista o desde el ángulo de la cultura. Para el fisiólogo, para el psicólogo o para el sociólogo un delito puede explicarse por

causas físicas, psíquicas o sociales. El jurista lo comprenderá como conducta humana a través de determinadas normas que expresan ciertos valores.
El error que consiste en el empleo de métodos que corresponden a otras disciplinas, ha impedido el avance de las ciencias jurídicas y ha desnaturalizado muchas de sus investigaciones.

3.- LAS DISCIPLINAS JURIDICAS FUNDAMENTALES

El Derecho en tanto objeto de ciencia es susceptible de una triple consideración: como vida social humana, como sistema normativo vigente y como objeto en sí y en lo que debe ser. La Sociología del Derecho, la Ciencia del Derecho propiamente dicha y la Filosofía del Derecho se ocupan, respectivamente, de esos tres aspectos del fenómeno jurídico.

Si se estudia el derecho, bajo cualquiera de esos ángulos, no desde el punto de vista sistemático sino en su evolución, es la Historia del Derecho la disciplina que persigue tal finalidad.

4.- LA DOGMATICA JURIDICA

La denominación "Ciencia del Derecho" se emplea en tres sentidos: para designar a todas las disciplinas jurídicas; para referirse, sólo a los estudios científicos sobre el derecho, excluyendo aquellos que tienen carácter filosófico, o únicamente a la "Dogmática Jurídica".

El nombre de "Dogmática Jurídica" apareció en 1857 en la Revista "Jahrbücher für Dogmatik des heutigen romischen und deutschen rechts" fundada por 'Ihering, asignando a las normas el valor infalible. de los dogmas del cristianismo.
En su primera acepción, "Ciencia del Derecho" abarca todo el saber jurídico; en su segundo sentido, todas las ciencias jurídicas propiamente tales, en el tercero el estudio del derecho vigente.

La Ciencia del Derecho propiamente dicha o Dogmática Jurídica recibe varias denominaciones: "Ciencia Dogmática", "Sistematica Jurídica", "Jurisprudencia Técnica", "Jurisprudencia Dogmática" o simplemente "Jurisprudencia".
Considera Sauer que la Ciencia de Derecho o Dogmática Jurídica es una disciplina cultural porque "toda Ciencia es Ciencia Cultural" .
Del Vecchio, por su parte, señala que "la Ciencia del Derecho tiene por objeto los sistemas particulares considerados singularmente para pueblo de una época determinada" aunque no abarque la integridad de un ordenamiento. Radbruch la define como "Ciencia que versa sobre el sentido objetivo del derecho positivo 13 con lo cual se diferencia, de un lado y debido a Slt positividad de la Filosofía del Derecho y de la Política Jurídica, y, del otro, por su sentido objetivo, de la historia, de la disciplina del Derecho Comparado. y de la psicología y la sociología jurídicas. Recanses Siches, nos dice que "la Ciencia Dogmática o Técnica del ordenamiento vigente se desenvolverá sobre la base de un fiel, acatamiento a las disposiciones de éste, estudiándolas como tales normas" dentro de un ámbito espacial y temporal de aplicación dentro de una realidad social. Finalmente, Legaz Lacambra señala que "el

objeto de la ciencia jurídica es el derecho que es norma, o sea, regulación de conducta, conducta que debe ser; la conducta en cuanto ser no es derecho, sino que participa en el ser jurídico, en cuanto debida, prohibida o lícita" .

La Ciencia del Derecho ha sido definida por García Maynez como la disciplina que "tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y en un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos 'a su interpretación y aplicación" .
Dicha, Ciencia examina y analiza las normas jurídicas vigentes en un territorio y en un tiempo dados e investiga los factores que las han originado, con el propósito de interpretarlas, ordenarlas y sistematizarlas para alcanzar la recta aplicación de aquellas.

Es clara la diferencia entre la Ciencia del Derecho concebida de ese modo y la Filosofía del Derecho. Mientras la primera tiene como campo el derecho positivo, la Filosofía indaga los fundamentos y las primeras causas del orden jurídíco.
De ese doble propósito de la Ciencia del Derecho, se desprende su división en dos ramas: teórica y practica, denominadas "Sistemática Jurídica" y "Técnica Jurídica".

La "Sistemática Jurídica" tiene por objeto el estudio de las reglas de derecho para precisar su sentido y sus alcei1ces, ordenarlas e integrarlas dentro de conceptos más generales.
El contenido de esta parte de la Ciencia del Derecho está constituido por la investigación de las normas, de sus relaciones mutuas, de su ordenamiento y de su integración dentro de un sistema parcial o total.

La "Técnica Juridica" se ocupa de todos los problemas concernientes a la formulación y a la aplicación de las normas de derecho.

En el primer caso se denomina técnica de elaboración, en el segundo técnica de aplicación.

El proceso de formulación del derecho obedece a la reglas de técnica jurídica del mismo modo que el de su aplicación a los casos concretos.

Esta última comprende las siguientes operaciones: la interpretación, la integración y la solución de los conflictos de normas por razón de sus relaciones temporales y territoriales.

Surge otro problema que atañe al propósito derivado de la esencia de la dogmática Jurídica. ¿Es una Ciencia Técnica o una Ciencia normativa? ¿Qué debemos entender por ciencia normativa? G. Kalinowki, atribuye los siguientes significados a dicha expresión: ciencia que contiene normas; que estudia normas; que espera obtener normas. Las tres acepciones "son correctas desde el punto de vista del lenguaje y se justifican racionalmente desde el punto de vista de la teoría de la ciencia pero dan lugar a problemas filosóficos graves" , El contenido de la "Ciencia del Derecho" o "Dogmática Jurídica" es muy amplio. De aquí que para su estudio metódico y ordenado, haya sido dividida en Ciencia del Derecho Constitucional, Ciencia del Derecho Administrativo, Ciencia del Derecho Internacional, Ciencia del Derecho Penal, Ciencia del Derecho Procesal, Ciencia del Derecho Civil, Ciencia del Derecho Mercantil, etc. ' Los orígenes del estudio científico del derecho positivo, esto es, de la Dogmática Jurídica, se remontan al Derecho Romano. El propósito de la compilación de Justiniano fue crear un sistema cerrado y, especialmente, poner término a cualquier libre interpretación del Digesto.

En los primeros siglos de la Edad Media, no existieron escuelas jurídicas y la actitud de quienes se ocupaban de los menesteres del derecho, se limitaba al estudio del lenguaje y de la Retórica. Los "trabajos de este período presentan un carácter puramente mecánico y gramatical: son extractos, paráfrasis, colecciones de pasajes, formularios, explicaciones de palabras" .

La copia del único ejemplar del "Digesto" que se conservaba en la época se publicó en el siglo XI, y una reproducción de ese códice llegó a poder de Guarnerio de Bolonia (conocido con el nombre de Irnerio). Este jurista escribió una "Vulgata" del Digesto, innumerables glosas de esta misma obra, sustituyó un extracto de las "Novelas" con el texto íntegro y completó el "Código" que se conocía sólo fragmentariamente.

Irnerio, conjunta.mente con Bulgarus, Ugo, Jacobo Martinus y otros, perteneció a la escuela de los "glosadores", cuya labor -glosa, comentario e interpretación de textos- tuvo un carácter predominantemente lógico. Sus trabajos, según el métodos escolástico" ofrecían los más sutiles análisis y las más amplias c! asificaciones en forma de "distinctionis", disputas o "dissenciones", cuestiones jurídicas no destinadas a la enseñanza, "quaestiones", hechos legales o "casus", principios jurídicos"brocardica", contradicciones o "contrarietates" y, sobre todo, las glosas y los comentarios denominados "apparatus" y "summae".

Sigue a esta escuela la de los postglosadores, a quienes se les llamó también "consultores". El representante más famoso de esta tendencia fue Bartolo de Saxoferrato (siglo XIV) que profesó

en Pisa y Perusa, y fue seguido por Baldo Ubaldi y otros, que no se limitaron a la glosa del viejo derecho, sino que realizan una nueva y fecunda tarea al proyectarlo "de las aulas y los cuartos de estudio al aire libre de la vida, poniéndolo en condiciones de poder aplicarse a la realidad" .

Es más rico aún el legado de la postglosa. A ella se deben muchas instituciones del actual derecho, edificadas sobre las contrucciones clásicas, y la creación de la Teoría del Estado, de los-fundamentos del Derecho Penal, del Procedimiento Penal y del Derecho Internacional Privado. La influencia del método naturalista, que había atenuado en los postglosadores la rigurosa posición escolástica de la escuela de Irnerio, y la nueva concepción del hombre y de la vida, que constituye el mensaje filosófico del Renacimiento, influyeron en la formación de la corriente humanista francesa, representada por Cujas y por Doneau, que se caracterizó por su sentido histórico y realista.

El jusnaturalismo moderno, que inicio Hugo Gracia (siglo XVII) reconoce como fundamento filosófico del derecho la naturaleza racional del hombre. Esta tesis tuvo amplia proyección sobre las principales disciplinas jurídicas -Derecho Internacional. Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Político-, etc.

Los filósofos franceses -Montesquieu, Voltaire- Hume, el más conocido representante del empirismo inglés, y Burke, influyeron en el nacimiento de la Escuela Histórica cuyo genuino representante fue Savigniy (1799-1861). Esta escuela proclamó que el derecho está determinado por el carácter peculiar de cada nación, por el "espíritu del pueblo" (Volksgeist) y que sólo

un estudio amplio de las costumbres y de las tradiciones pueden revelar su contenido.

La influencia de la obra de Savigniy fue profunda. "Todo aquel que en la actualidad intente presentarse ante nuestro mundo jurídico para exponer algunas consideraciones de carácter general sobre el Derecho -ha escrito Stammler- debe saber de antemano que se dirige a una colectividad estrechamente unida; pues, aquellos de quienes pueden esperar que le presten atención, tienen todas sus raíces en el mismo suelo, los enlaza el vínculo de una concepción común. Han ido juntos a la escuela histórica; la ciencia del Derecho, desde el punto de vista del historicismo, fue la leche que a todos lo nutrió".

En el campo de la Dogmática Jurídica, el Historicismo se orientó hacia un retorno a las fuentes del Derecho romano y de las instituciones medioevales del Derecho germánico. En el campo de la interpretación, propició el sistema de los "conceptos", no de carácter a priori, sino con un contenido válido derivado de la experiencia.

Rodolfo van Ihering (1818-1892) el jurista "más grande de Alemania" significa para la ciencia, la afirmación de un pensamiento realista- que destaca la función creadora del "fin del derecho" que equivale a la seguridad de las condiciones de la vida social.

. La importancia que asume el fin en las construcciones jurídicas, influyó en el método teleológico y en el conceptuálismo jurídico de Ihering. La finalidad como función del derecho puede alcanzarse, según estas ideas, mediante una rigurosa formulación lógica de las normas.

El positivismo jurídico, cuyo auge corresponde al siglo XIX, se caracteriza por dos notas: el empleo del método empírico y la renuncia a recurrir a criterios de valor", Corresponde' al siguiente período, el aporte de F. Geny a la Ciencia del Derecho. C1eny "es para la ciencia jurídica francesa y, por supuesto, para la universal ciencia del derecho, lo que para Alemania y para todos, vienen a ser un Savigny o un Ihering" 23. A través de todas sus obras, y en especial de las dos principales, "Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo" (1899) y "Ciencia y Técnica de Derecho Privad.) Positivo" (1914), considera que la filosofía y la ciencia del derecho deben apoyarse en una concepción general del" universo y del hombre. En cuanto al derecho mismo, su tesis central, es la distinción entre la ciencia y la técnica, que corresponden a "lo dado" y "lo construído", y resultan, respectivamente, de la naturaleza de las cosas y de la elaboración de los juristas. .

La Escuela del Derecho Libre, que fue esbozada a fines del siglo pasado, y en los primeros años del actual, representa también una tendencia importante dentro de la Ciencia Jurídica. Esta Escuela, exalta la función creadora del juez, cuya labor consiste en complementar las normas jurídicas por su libre iniciativa. La exageración de esa tesis condujo a la negación de los principios de la ciencia para reemplazarlos por valoraciones subjetivas.

5 - LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

El derecho se da en la vida social del hombre y para ser tal -para existir como derecho-, exige la organización real de la sociedad.

La Sociol09.a del Derecho investiga las relaciones entre el Derecho y la sociedad. Gurvitch precisa el contenido y los alcances de esa disciplina, al definirla como "aquella parte de la sociología del espiritu humano que estudia la realidad plena del derecho, comenzando por sus expresiones tangibles y extensamente observables en las conductas colectivas efectivas (organizaciones cristalizadas, prácticas y tradiciones consuetudinarias, innovaciones de la conducta) y en la base material (la estructura espacial y la densidad demográfica de las instituciones jurídicas). La Sociología del Derecho, añade, interpreta estas conductas y manifestaciones materiales del Derecho de acuerdo a los sentidos internos que, en tanto que los inspiran y penetran, son al mismo tiempo parcialmente transformados por ellos. Parte especialmente de los modelos jurídicos simbólicos y fijados de antemano, tales como derecho organizado, procedimientos y sanciones, hacia símbolos jurídicos propios, tales como reglas flexibles o derecho espontáneo. Desde los últimos sigue a los valores e ideas jurídicas que ellos expresan y finalmente a las ciencias colectivas e instituciones que aspiran a esos valores y captan esas ideas; y que se manifiestan en espontáneos hechos normativos, fuentes de validez, esto es, de positividad en todo derecho" 24.

Así concebida la Sociología del Derecho, cuyo contenido y alcances están señalados en la definición descriptiva de Gurvitch, comprende tres ramas: Sistemática, Diferencial y Genética.

La sociología Sistemática del Derecho, a la que el mismo autor denomina "Microsociología", trata de las relaciones funcionales

que existen entre la sociedad y las diversas clases o manifestaciones del derecho.

Como clases de derecho cabe señalar, el comunitario y el societario, vinculados a la sociabilidad espontánea y a la orgal1izada o reflexiva, respectivamente.
La Sociología Diferencial del Derecho tiene como contenido la investigación del aspecto macrofísico de la realidad jurídica, esto es, de las unidades sociales mismas en cuanto se vinculan con la vida del derecho.

Los grupos sociales particulares se clasifican según su extensión en particulares y totales; de acuerdo con su duración en temporales y durables; si se toma como criterio su función, en organizaciones parentesco, la actividad económica, etc., la actitud, el principio organizador gobernante, formas de coacción, grados de unidad, etc, La Sociología Genética del Derecho se ocupa del estudio de todos aquellos factores que influyen en el nacimiento y en la evolución del fenómeno jurídico considerado bajo el aspecto de hecho social.
Aristóteles al señalar en su "Política" la influencia de factores sociales en la legislación constitucional, puede ser considerado como el más lejano precursor de la Sociología del Derecho. En el siglo XVIII, Montesquieu destacó la influencia de elementos geográficos en el fenómeno jurídico. Augusto Comte, fundador de la Sociología, consideró el derecho como el resultado del proceso social. Según la Escuela Histórica el derecho que se revela en la costumbre, expresa el espíritu de cada pueblo (Volksgeist). Para Durkheim, el derecho proviene de la "presión social". Para Duguit, las normás jurídicas, así como las morales y las económicas, derivan de la solidaridad social. Ehrlich,

considerado como uno de los fundadores de la Sociología del Derecho, distingue un "derecho social" del "derecho del Estado". Gurvitch elaboró su teoría del "hecho normativo". Levy Bruhl define el derecho como "el conjunto de reglas obligatorias impuestas por el grupo social a sus miembros" .

Si bien es evidente la influencia de los hechos sociales en la formación del derecho, tales hechos no constituyen sino uno de los factores de aquél. Reducir el Derecho a la Sociología equivale a explicar el debe ser por el ser. En este sentido, ha escrito Menzel, "la sociología no tiene por objeto una critica de la sociedad; su objeto no es un deber sino un ser; el verdadero sociólogo ha de mantenerse alejado de toda valoración" 25. Además, la sociología dedicada a la sociedad humana" ha perdido de vista la persona del hombre" 26.

El sociólogo francés Durkheim y el alemán Max Weber, juristas como Hauriou, Duguit, Ehrlich, entre los principales, y los representantes de la escuela jurídico-sociológica norteamericana -Roscoe Pound, Holmes, Cardozo- fueron los más destacados propulsores de la Sociología del Derecho en este siglo.

6.- LA FILOSOFIA DEL DERECHO

El derecho no es sólo objeto de estudio para la Ciencia, sino tema de meditación y ahondamiento para la Filosofía. Como todas las ciencias, las que tratan del Derecho no problematizan sobre ellas mismas, ni alcanzan las cuestiones atinentes a la esencia, a la existencia y al valor de lo jurídico, ni extienden sus fronteras para lograr una cabal explicación de la totalidad de sus manifestaciones. Esta es la labor de la Filosofía del Derecho.

Mientras la Ciencia del Derecho busca la respuesta a la pregunta ¿quid juris? -qué se entiende por derecho dentro de un determinado sistema- la Filosofía del Derecho va más allá; interroga ¿quid Jus?, esto es, ¿qué es derecho?
La denominación "Filosofía del Derecho" procede del jurista G. Hugo, que en 1797 escribió un curso denominado "Curso de Derecho Civil, o Tratado de Derecho Natural o Filosofía del Derecho". Antes de esa época los temas de la actual Filosofía del Derecho eran tratados dentro del "Derecho Natural".

¿Qué es la Filosofía del Derecho? Ahrens la define como "la ciencia que expone los principios cardinales del Derecho concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas" .
Para Vanni, la Filosofía del Derecho es la "ciencia de los principios del derecho, y que al mismo tiempo lo comprenda y lo ligue al sistema de todas las cosas" .
Miraglia, considera que la Filosofía del Derecho es indagación de los principios primeros y supremos, mientras que la Jurisprudencia se limita a los hechos, sin hacerse cargo de sus razones.
Stammler, entiende por Filosofía del Derecho aquel conjunto de doctrinas generales que pueden proclamarse dentro del campo jurídico con un alcance absoluto. Del Vecchio, la define como la disciplina que estudia el derecho "en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico y los valores según el" ideal de justicia trazado por la razón" .

Radbruch compara el objeto de las ciencias con el de la Filosofía del Derecho. Mientras aquellas se ocupan de lo que ha sido, de, lo que es, de lo que deviene, la Filosofía mira a los valores, al debe ser.

En cuanto al contenido, a los problemas de la Filosofía del Derecho, Vanni considera que debe tratar: a) del fundamento y de las condiciones de la ciencia jurídica a fin de justificar sus resultados (Crítica); b) de las transformaciones históricas del derecho (Fenomenología Jurídica); y c) si lo que se entiende por derecho debe ser así o debe ser de otra manera (Deontología).

El punto de vista de Stammler es más amplio. Sostiene que la Filosofía del Derecho persigue como fines, el estudio del "concepto" de derecho -categoría fundamental a" priori condicionante de toda experiencia jurídica; de la "idea" del derecho, que es la justicia "fin último o ideal que dirige todas las aspiraciones jurídicas" del origen del derecho como hecho social e histórico; de la técnica del derecho, o sea de su aplicación; y de la práctica del derecho, es decir, de los principios que orientan la realización de un derecho justo" .

Del Vecchio cree que las partes de la Filosofía del Derecho deben ser: la Lógica, la Fenomenología y la Deontología. La primera trata de lo que es el derecho; la segunda lo examina como producto humano condicionado por la sociedad y por la historia; la tercera, tal como .debiera ser, en función de la justicia.
El iniciador de la denominada Teoría Egológica, Carlos Cossio, divide la Filosofía del Derecho en cuatro ramas: la Ontología Jurídica, que trata del derecho como objeto; la Lógica Jurídica Formal que se ocupa del concepto derecho como forma del

pensamiento; la Lógica Jurídica Trascendental que refiere el pensamiento a los objetos mediante el conocimiento; y la Axiología Jurídica que estudia los valores jurídicos.

Es evidente que las tres ramas de la Filosofía del Derecho son Ontología, que trata del problema del derecho como objeto; la Lógica que lo considera dentro del orden del pensamiento y la Axiología en cuanto debe ser.
Los filósofos de la antigüedad, desde las presocráticos, pero especialmente Sócrates, Platón y Aristóteles y, posteriormente, los estoicos, buscaron los últimos fundamentos del Derecho y de la Justicia.

Los juristas romanos, entre los que se destacan Ulpiano, Gayo, Paulo, Cicerón y otros, a la luz de las ideas de la filosofía estoica, con el sentido práctico de su pueblo, elaboraron una doctrinas del derecho natural, que supera al derecho de gentes y al derecho civil, como una verdadera "ratio scripta".
El Cristianismo, cuyos más elevados exponentes en el campo filosófico fueron San Agustin en la antigüedad y Santo Tomás de Aquino en la Edad Media, apoya la doctrina del derecho natural, expresión de la ley eterna, fundamento último de toda ley humana.

Hugo Grocio, jurista del siglo XVII, al que antes se hizo referencia, inicia la escuela jusnaturalista moderna, con su tesis de la "eterna legislación de la razón humana" cuyos más destacados seguidores Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Thomasio y Rousseau.

El denominador común de la doctrina jusnaturalista es la creencia de un derecho fundado en la naturaleza del hombre, que rige "de un modo incondicional, permanente y ubicuo".
El racionalismo kantiano, desconoció I.a existencia de normas universales con un contenido material, para dar paso al formalismo. E~ historicismo, por su lado, significó una reacción enérgica contra todas esas doctrinas en favor de un derecho condicionado por circunstancias sociales e históricas. Finalmente, el positivismo buscó fundamentar el derecho en hechos de la realidad social o en mandatos de la autoridad.
La decadencia del jusnaturalismo y el influjo de las tendencia antes mencionadas, causaron en el siglo XIX una grave crisis en la Filosofía del Derecho.

El renacimiento de dicha disciplina, desde fines de la pasada centuria, se ha traducido, de modo especial, en el retorno de un Derecho natural despojado de las exageraciones y errores que en él introdujeron el individualismo y el racionalismo, y en otras corrientes entre las que se destacan: la neocriticista (Stammler, Del Vecchio) el neokantimismo de Baden (Lask, Radbruch), la Teoría Pura de Hans Kelsen, la orientación fenomenológica (Reinach, Husserl), la eXistencialista, la racioviatalista, la marxista, etc.

7.- LA HISTORIA DEL DERECHO

El Derecho como manifestación de la cultura está sujeto a incesante mutación. Cambian los ideales jurídicos de los pueblos, se transforman sus instituciones, se producen en aquellos nuevos fenómenos económicos, políticos, sociales, culturales, que determinan ya sea la creación de sistemas

jurídicos adecuados a tales cambios o la adaptación a ellos de los sistemas vigentes.

La Historia del Derecho, escribe Radbruch, al precisar su contenido, "tiene por objeto el estudio del ser, el desarrollo inmanente del Derecho, pero puede también investigar la interacción del Derecho con otras manifestaciones de la cultura o bien tratar de comprender, desde el punto de vista científico espiritual, el derecho de una época partiendo de la totalidad de la cultura de la época en cuestión".
Se trata de investigar "el proceso de formación y de desarrollo en el tiempo del ordenamiento jurídico positivo de un pueblo determinado o de todos ellos en su conjunto, no limitándose a una nueva descripción cronológica, sino indagando las razones o factores de varias índoles que han influido en esas mutaciones" .
De lo expuesto se desprende que la historia del Derecho es un capítulo de la historia de la Cultura, como lo es la historia de la Religión del Arte o de la Ciencia. Es tan íntima la relación entre Derecho e Historia que Freidrich ha escrito que "el derecho es historia congelada" .

La evolución del Derecho se debe a los más diversos factores.
Influyen en ella, no solamente los hechos sociales, sino también las realizaciones espirituales, como el cambio de actitud frente a los valores, la obra de las personalidades sobresalientes, las nuevas concepciones sobre la vida, y doctrinas e ideas que determinan las distintas estructuras políticas.

Pero admitir que el derecho se hace en la historia no significa que sea una creación totalmente histórica. La naturaleza humana, fundamento del derecho, esencialmente es la misma.

En cuanto a la disciplina misma, sí se toma en cuenta su extensión, la Historia del Derecho puede ser universal y particular. La primera pretende establecer tipos de procesos históricos generales; la segunda trata de la evolución jurídica en un pueblo o de una época.

La Historia Universal del Derecho ha señalado como procesos generales la evolución del comunismo primitivo a la propiedad privada, del matriarcado al patriarcado, de la endogamia a la exogamia, de la poligamia a la monogamia, del status al contrato, de la comunidad a la sociedad, de la venganza a la pena pública, de la autodefensa al proceso, del autoritarismo a la democracia, etc.

Si se atiende a su contenido, la Historia del Derecho puede referirse a las fuentes o a sus instituciones. Aquella se denomina historia externa y ésta historia. interna del Derecho.

El estudio de las fuentes jurídicas ofrece un amplio campo. Abarca las fuentes legales (la ley, los cambios legislativos), las jurisprudenciales üurisprudencia, casos), las consuetudinarias (usos y costumbres jurídicas), las doctrinas (historia de la doctrina jurídica).

Es igualmente extenso el ámbito de la Historia de las Instituciones jurídicas. A la luz de esta disciplina pueden estudiarse todas las organizaciones y hechos sociales relevantes para el derecho, tales como la familia, el matrimono, el municipio, el Estado, la propiedad, la herencia, los contratos, los delitos, las penas, el proceso, las pruebas, la administración, etc. Las obras de Sir Henri Sumner Maine, de J. Bachofen, F. Engels, Momsen, Kohler, Durkheim, L. Bruhl, constituyen notables aportes a la Historia Universal del Derecho.

8.- LA CIENCIA DEL DERECHO COMPARADO

La llamada "Ciencia del Derecho Comparado" no pertenece al cuadro de las disciplinas jurídicas fundamentales. Tal denominación que, ha sido considerada "desafortunada" no designa otra cosa que la comparación de derechos diferentes, "el método comparativo aplicado a las disciplinas jurídicas" 4°. Cuando se compara los sistemas jurídicos de un mismo pueblo o de diversos pueblos correspondientes a épocas .diferentes, se hace Historia del Derecho. Si la referencia es de un orden jurídico vigente a otro, se trata de simple procedimiento o método de estudio.

Varias son las finalidades que persigue este método: a) el mejor conocimiento del derecho nacional; b) su perfeccionamiento; c) el estudio de los sistemas jurídicos extranjeros; d) la armonización y unificación de .los derechos; y f) una visión más clara de los problemas de la Historia y de la Filosofía del Derecho.

Sobre el contenido de este método de estudio que es el Derecho Comparado existe una gran variedad de orientaciones. Para algunos puede emplearse el mismo método en todas las ramas del derecho; para otros deben seguirse procedimientos diversos en las diferentes materias. Algunas tendencias limitan la comparación a legislaciones similares; otras las legislaciones en conjunto y otros a ciertos problemas. Finalmente, algunas escuelas inciden en las relaciones jurídicas internas y otras en éstas y las externas .

El nacimiento del Derecho Comparado, aunque tuvo precursores como Leibnitz, Vico y Montesquieu, data del Congreso Internacional de Derecho Comparado realizado en París el año 1900, en el que tuvo preeminencia el jurista Eduardo Lambert autor de la obra "La función del Derecho Civil Comparado". El auge del comparatismo ha avanzado en forma extraordinaria de esa época a nuestros días, como lo demuestra el gran número de obras publicadas, de certámenes realizados y los organismos e institutos que lo estudian.

CAPITULO II

LA INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO

1.- Necesidad de unc:l disciplina que trate de los problemas fundamentales del Derecho. 2.- Origén y evolución de este estudio. 3.- Los problemas de la Introducción a la Ciencia del Derecho. ,4.- La enseñanza de la Introducción a la Ciencia del Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1.- NECESIDAD DE LA DISCIPLINA

La Introducción a la Ciencia del Derecho no constituye en sí misma una disciplina independiente con contenido y método propios.
Ha nacido de la necesidad de buscar la mayor comprensión de los temas comunes a todas las ramas del saber jurídico y de un propósito didáctico.

Cada disciplina, al estudiar un aspecto determinado del Derecho, enfoca los problemas generales de dicha Ciencia desde su ángulo propio. Por tal causa se producen, muchas veces, confusiones y contradicciones. Por otra parte, la Filosofía que se orienta hacia consideraciones de orden valorativo y a la búsqueda de la esencia de lo jurídico, deja de lado la explicación de esos temas.
En el orden didáctico, mantienen vigencia las palabras de Guizot, Ministro de Educación Pública de Francia, en la pasada centuria.

"Todos los espíritus elevados, decía, se lamentaban desde hace tiempo de la existencia de una notoria laguna en la enseñanza del derecho. Los alumnos al ingresar en nuestras Facultades no encuentran un curso preliminar que les haga conocer el objeto y fin de la ciencia jurídica, las partes de que se compone, el lugar de todas esas partes, el orden en que deben ser tratadas y, sobre todo, el método que debe presidir a esta ciencia" .

Cabe destacar, entre los intentos de fundamentación científica del Derecho y de estudio de las cuestiones generales que abarcan sus diversas ramas, las corrientes que en su época representaron el movimiento denominado Enciclopedia Juridica, la Teoria General del Derecho y la Jurisprudencia Analítica.
La obra del jurista medioeval Guillermo Durantis, titulada "Speculum Judicialis" constituye quizá el primer tratado de Enciclopedia Jurídica que se conoce en nuestros días. Durantis consideraba que el estudio del Derecho debe abarcar un orden que comprenda' las seis leyes: "prima lex naturalis", "secunda mosaica", "tertia prophetica", "quarta evangélica", "quinta apostólica" y "sexta canónica".

Más cercanamente, puede encontrarse el origen de la literatura ehciclópédica del Derecho en el siglo XVI. El tratadista alemán Lagus publicó en 1543 la obra titulada "Lagus metodica jurisu que traditio", que abarca la problemática del derecho público y. del derecho privado y las cuestiones centrales de la filosofía jurídica.
Sigue al tratado de Lagus, el que publicó Hunnius, bajo el título de "Encyclopedia juris universi" con sus cuatro temas: 19) "Jus Personae"; 29) "De judiciis et processus judicialis"; 39) "De contractibus";
y 49) "Materia ultimarum voluntatum".

En el siglo XVIII, que acentúa el divorcio entre la ciencia y la filosofía, la Enciclopedia del Derecho se bifurca en dos direcciones: una con carácter científico a la que corresponde la obra de Sthéphane Pütter, y otra orientada hacia la filosofía, cuyas muestras son los estudios de Nettelbladt, discípulo de Wolf.

La tendencia sistemática de 105 más grandes pensadores a! emanes del siglo XIX, Schelling y Hegel, influyó en los juristas de ese período, entre los que destacan Walter, Warenkonig y Ahrens -que tuvo marcada influencia en el Perú- con su obra "Enciclopedia Jurídica" (1857) definída como "la expresión orgánica de la ciencia del Derecho y del Estado".

El profesor italiano Francisco Filomusi Guelfi, discípulo del filósqfo de orientación hegeliana Bertrando Spaventa, escribió en 1857 otra "Enciclopedia Jurídica" que presenta un panorama sintético del derecho a través de sus varias ramas.

Con posterioridad, persiguen los mismos propósitos, los trabajos de Picard "El Derecho Puro" -que él mismo llama "una enciclopedia en sentido racional"- y de Roguin "La Ciencia Jurídica Pura".

El pensamiento ruso, como lo recuerda Korkounov,' no fue ajeno a la misma inquietud. Entre 105 tratadistas que obedecen a esa tendencia merecen citarse Rojdiestvensky, autor de una "Enciclopedia del Derecho" que vio la luz en 1863; Karasievitch y Rennenkamp, cuyos trabajos datan de 1872 y 1889, respectivamente.

Paralelamente a la orientación representada por la Enciclopedia Jurídica, surge en el siglo XIX, del seno del positivismo y como expresión de la necesidad de superarlo, principalmente en Alemania, la corriente denominada "Teoría General del Derecho" (Allgmeine Rechtslehre).

En la obra de K. Bergbohm titulada "Jurisprudencia y Filosofía del Derecho", que data de 1886, se sostiene la urgencia de buscar una base conceptual y orgánica para todas las ciencias jurídicas, que deben dejar de estructurarse como un mero conglomerado de referencias sobre objetos jurídicos, para ascender hasta los conceptos fundamentales del derecho, y a la formulación de proposiciones despojadas de todo rezago jusnaturalista.

Pese a que una de las obras de Merkel, otros de los grandes representantes de esta posición, se denomina "Enciclopedia Jurídica", no se propicia en ella la simple presentación de conocimientos de las diversas ramas del derecho, sino la

investigación sobre los conceptos jurídicos fundamentales y la explicación del fenómeno jurídico por otros factores sociales.
Del penalista E. R. Bierling, autor de "Principios Generales de ‚Jurisprudencia", ha dicho Recasens Siches que "es quien lleva a una mayor madurez el programa de la escuela de la Teoría General del Derecho".

Bierling considera que la "Doctrina de los principios jurídicos es la exposición sistemática de aquellos conceptos y proposiciones fundamentales que en lo esencial son independientes de cualquier derecho positivo determinado" 4. Propicia además, como método la inducción y la clasificación, para llegar hasta el concepto de derecho y elevarse después de él al de norma y caracterizarlo dentro de éste.

Muchos nombres, como los de Binding, Thon, Bekker, Somló, pueden agregarse a los anteriores. Unidos todos en el propósito de buscar las nociones jurídicas básicas "no se dieron cuenta de que, en la arquitectura del conocimiento, el concepto universal del Derecho, y las nociones fundamentales, son previas a toda experiencia o inducción histórica de lo jurídico: porque cabalmente lo condicionan; constituyen los medios de su posibilidad: y así la Teoría General del Derecho de estas escuelas tenía que contentarse con catalogar los múltiples sentidos de una noción en los diversos sectores del Derecho" .

Sin embargo, desde la tendencia representada por la "Teoría General del Derecho" se inicia el movimiento de superación de! criterio positivista al sostenerse por sus más avanzados representantes -el mismo Bierling- que los conceptos jurídicos fundamentales son de carácter formal.

Con todo, la citada orientación representa la búsqueda de los sustentos comunes a todas las disciplinas jurídicas y un intento de organizarlas científica y metódicamente.

Es análoga el sentido de la llamada "Escuela Analítica de Jurisprudencia" que inició J. Austin en Inglaterra.
La ciencia jurídica, según Austin, debe tener como finalidad el estudio del derecho positivo, de las leyes en sentido estricto, sin conSIderar para nada su bondad, esto es, sin valorarlas.

En lo que se refiere al método -escribe Bodenheimer- "la Jurisprudencia Analítica toma como punto de partida el orden jurídico da-:-' do y se entrega a la tarea de analizarlo en interés de la claridad y la consistencia lógica y sistemática. En primer lugar, formula definiciones de los términos generales que son indispensables para comprender los entresijos y complicaciones del derecho. Fija, por ejemplo, el significado de conceptos tales como derecho subjetivo, deber, obligación; daño, .lesión, reparación. Explica, en segundo lugar, las distinciones entre varias clases de derecho, deberes, obligaciones, daños, lesiones; marca también la diferencia entre derecho escrito y no escrito, entre las varias clases de acciones etc.". Los juristas de la Escuela Analítica, dan un gran valor a la clasificación. "Se ha dicho con razón que quien pudiera clasificar perfectamente el derecho, tendría un conocimiento perfecto del derecho", escribe un representante de esa Escuela. Al clasificar y ordenar los conceptos y términos del Derecho, el jurista analítico no necesita limitarse al sistema de su propio país. Puede comparar las nociones y definiciones de ese sistema con las de otros sistemas jurídicos desarrollados, con el objeto de descubrir las normas elementales y los principios comunes a todos los

sistemas jurídicos. El método que emplea el jurista de la Escuela Analítica en el estudio comparativo de los conceptos jurídicos, es estrictamente empírico. Sus generalizaciones se basan en un análisis de las normas materiales reales que encuentra en el sistema jurídico positivo que investiga 6,

Este método, que toma como punto de partida, la inducción, se caracteriza por atribuir a la lógica una importancia exagerada. Las normas jurídicas son reglas lógicas y su aplicación a los casos concretos constituye un razonamiento silogístico.
El común intento de las tres corrientes examinadas, de llegar a la formulación de los conceptos fundamentales del derecho y a. la exposición del panorama completo de las ciencias jurídicas, sufrió serias limitaciones por su falta de sustento filosófico.

2.- ORIGEN Y EVOLUCION

La nacesidad de impartir a quienes estudian derecho, los conocimientos generales y básicos de dicha disciplina, en forma ordenada y sistemática, como preparación para abordar los temas especiales que constituyen el contenido de las diversas ciencias que integran la Dogmática Jurídica, determinó el nacimiento de la' "Introducción a la Ciencia del Derecho".
Fue el decano G. lo Carré de la universidad francesa de Rennes, el primero que se hizo eco de tal exigencia en su obra "Introducción General al estudio del Derecho" publicada en 1808.

El propósito de Carré se orientó hacia la carrera jurfdica, con el fin de "móstrar toda su extensión a los que quieren seguirla, fijar, la mirada sobre los principales objetos de su inmenso

cuadro, guiar y sostener sus primeros pasos; trazar, en una palabra, el esquema de los grandes asuntos en torno a los cuales se agrupan los diversos aspectos de la doctrina" .
Bajo la influencia de la obra de Carré surgieron otros trabajos como el que Lerbethe publicó en 1819, con igual finalidad baja el título de "Introducción al estudio filosófico del Derecho".

En el discurso preliminar de su libro, expone Lerbethe las grandes dificultades con que tropiezan los estudiantes para aprender la Ciencia del Derecho y los graves errores de método que cometen los maestros. "Cuantas personas disgustadas del estudio del derecho se habrfan consagrado a él -escribe- si se les hubiese hecho menos fatídicos los comienzos; si se les hubiesen ofrecido principios filosóficos generales, en fin, si el derecho les hubiese sido presentado como una ciencia y no como un oficio". "Deberfan recordar los maestros, agrega, que están encargados de enseñar una ciencia y no sólo sus disposiciones; que son, como lo expresa su título, profesores de derecho y no profesores de ley eso terriblemente apegados al método de las particularidades, proceden más como glosadores que como jurisconsultos; se limitan lo más a menudo en sus cursos a comentar artículos, olvidando que sus funciones consisten no en desarrollar detalles, sino en suministrar principios que pueden guiar en esos detalles" .

Diez años después, en 1829 ve la luz la "Introducción General a la Historia del Derecho", cuyo autor Lerminier séñala que su obra persigue como fines ofrecer una teoría general del derecho positivo fundada en la Filosofía y en la Historia, distinguir nítidamente lo que es derecho de lo que es simple legislación y

despertar en los jóvenes entusiasmo por aquel, conjuntamente con una verdadera conciencja jurídica.

El gran jurista argentino Juan Bautista Alberdi, expresó en su "Fragmento Preliminar al estudio del DerectTo", en elogio de la obra de lerminier, que las ideas de éste produjeron en su espíritu una profunda transformación. Gracias al eminente maestro francés, dejó de concebir el derecho, Alberdi lo confesó hermosamente, como "colección de leyes escritas", para entenderlo en su cabal sentido de "ley moral del desarrollo de los seres sociales" como "la Constitución de la Sociedad" y el orden obligatorio en que se desenvuelven quienes la integran.
Blondeau, en las primeras páginas de su "Chrestomathie" editada en 1830., consideró la necesidad de comprender en el plan de estudios para las Facultades de Derecho, en sus primeros años, el curso de Introducción. Gracias a la iniciativa del filósofo Víctor Cousin, primero la Universidad de París en 1840, y, con posterioridad las demás univérsidades francesas, crearon la cátedra de -la referida disciplina. Por su parte, la Cámara de los Pares, en 1847, hizo hincapié en la necesidad de que se considere la "introducción General al estudio del Derecho" como materia obligatoria y, años más tarde, en 1872, eJ Ministro Jules Simon la recomendaba con el fin de que se conozcan y djfundan "los principios del derecho natural, la clasificación y la historia abreviada del derecho, los elementos de organización de los poderes públicos" .
los notorios vacíos y las deficiencias en la enseñanza del derecho, en muchos países de Europa y de América latina, obligaron a sus Universidades en los -años posteriores, a estab! ecer la Cátedra de Introducción a la citada disciplina.

Dicha materia ha sido denominada diversamente. Se la conoce con los nombres de "Introducción al Derecho"', "Introducción a la Ciencia del Derecho", "Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales", "Introducción a las Ciencias Jurídicas y Políticas", "Prolegómenos al Derecho", "Principios Generales de Legislación", "Introducción a la Jurisprudencia" .

3.- LOS PROBLEMAS DE LA INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO

El primer problema de la "Introducción a la Ciencia del Derecho" es el de su contenido.
Es evidente que un estudio de esta naturaleza, debe referirse a cuestiones generales y comunes a todas las disciplinas jurídicas.
Empero, la anterior afirmación no resuelve el interrogante planteado. ¿Qué tipo de cuestiones? ¿Cuál es el método más adecuado a emplearse?

La Introducción a la Ciencia del Derecho no se confunde con la Filosofía del Derecho, ni con la Socio'ogía ni con la Historia del Derecho.
Mientras la Filosofía del Derecho tiene como tema central el derecho mismo, en cuanto a su esencia, a su conocimiento y a lo que debe ser, la Introducción comprende cuestiones que pertenecen al campo de la Ciencia del Derecho o Dogmática Jurídica que no corresponden a la Filosofía.
La Sociología del Derecho lo estudia en función de los factores sociales que intervienen en su nacimiento y en su evolución. La introducción a la Ciencia del Derecho se ocupa .de conceptos

generales que no dependen necesaria e íntegramente de hechos sociales.

La Historia del Derecho trata de la evolución del fenómeno jurídico en el tiempo. La Introducción al Derecho, presenta las nociones básicas y los fundamentos generales para todo estudio de este orden del saber.

Es evidente que los temas generales de la Ciencia del Derecho, que constituyen los fundamentos para el estudio de todas las ramas de la Dogmática Jurídica, comprenden: la definición del Derecho; las ciencias del Derecho, la teoría de la norma, las fuentes y la Técnica Jurídica, a las que debe agregarse una referencia a los valores del derecho y otra a la evolución del pensamiento jurídico.

El profesor Virgilio Domínguez, en el prólogo de la obra de García Maynez, considera que "La Introducción. al Estudio del Derecho, tiene como objeto tres puntos básicos que son: a) ofrecer una visión de conjunto del Derecho; b) estudiar los conceptos generales del mismo; y c) discutir los problemas de la técnica .jurídica". Justifica ese contenido, agregando. "Por lo que respecta al punto a) su importancia es obvia. Es indispensable ofrecer a los alumnos que se inician en las materias jurídicas una visión de conjunto del Derecho. Necesario es que éstos tengan, antes de abordar el estudio de las disciplinas jurídicas especiales, una noción del derecho, de sus fuentes, de la clasificación de las normas jurídicas, de las ramas del Derecho Positivo, de las materias que estudian, de las materias de cada una de ellas, y así sucesivamente. Sólo poseyendo estas nociones previas podrá cursar con éxito la carrera de abogado.

Sin el conocimiento de la nomenclatura jurídica usual y de los problemas fundamentales del derecho, la tarea resulta muy difícil", Por lo que toca al punto b), su importancia se justifica por otro orden de consideraciones. Existen en el derecho dos clases de conceptos: los generales y los particulares. Aquellos se aplican a todas las ramas del derecho. Estos tan sólo a determinadas divisiones del derecho. .. Ahora bien, corresponde a la Introducción al Estudio del Derecho, la exposición de los conceptos generales del Derecho y a las disciplinas jurídicas especiales el estudio de los conceptos particulares".

"Por lo que mira al punto c), su importancia se justifica por razones semejantes a las anteriores. La ciencia del derecho consta de dos partes:
la sistemática y la técnica jurídica. La primera tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de un derecho positivo determinado. La segunda estudia los problemas que se suscitan con motivo de la aplicación del derecho, a saber, la interpretación, la integración, vigencia, retroactividad, conflicto de leyes. La sistemática jurídica se estudia por medio de las disciplinas jurídicas especiales. La técnica jurídica por medio de una materia general que es la Introducción al estudio del Derecho: . " .
El profesor Carlos Mouchet, de la Universidad de Buenos Aires, considera que el curso de Introducción al Derecho debe llenar las siguientes finalidades: "Primera: Proporcionar al estudiante la noción del Derecho y de la Justicia, para distinguir sus principios de los propios de las demás normas que regulan la conducta humana en la convive!')cia organizada; Segunda: exponer los elementos fundamentales o constitutivos de las relaciones

jurídicas; Tercera: ofrecer una explicación de las diversas ramas del Derecho, mostrando sus diferencias y relaciones;

Cuarta: plantear y examinar los problemas de la Técnica Juridica, es decir, de la elaboración, interpretación y aplicación de las normas juridicas. Estos problemas son comunes a todas las ramas del Derecho;
Quinta: proporcionar nociones acerca de los principios sustentados por las diversas escuelas o tendencias existentes en la ciencia del Derecho" .
De acuerdo con el carácter de nuestras enseñanzas, el curso de "Introducción a la Ciencia del Derecho" debe comprender los siguientes temas: 19) el concepto de derecho; 29) el cuadro de las disciplinas jurídicas fundamentales; 39) las relaciones entre el derecho y otras formas de lá cultura; 49) la teoría de la norma jurídica; 59) el Derecho Subjetivo; 69) las Fuentes del Derecho; 79) elementos de técnica juridica;89) los valores del derecho; y 99) la evolución del pensamiento juridico.

Es necesario que los estudiantes adquieran una comprensión del derecho com~ conducta social humana regulada por normas en orden a la realización de valores.
Es imprescindible la presentación del cuadro de las discip!inas "jurídicas que señalan los diversos ángulos para la comprensión cientifica y filosófica del derecho. Por otro lado, la precisión del concepto del derecho exige que se señalen los limites que lo separan de otras expresiones afines de la cultura, dentro de la unidad de la vida humana normada.

Corresponde asimismo a un curso de Introducción, el estudio de los propl~maf> atinentes a la norma juridica, a las fuentes del

derecho, y a cl,lestiones generales de técnica juridica que son comunes a todas las disciplinas que integran la Dogmática.

Aparte de dichas materias, es conveniente presentar a quienes se inician, un somero panorama de las diversas ramas de la Dogmática, con una breve indicación de su contenido y sus problemas, para terminar con una exposición sobre los valores y la evolución del pensamiento jurídico, sin cuyas referencias una Introducción a la Ciencia del Derecho pareceria mutilada o incompleta.

Podría observarse que falta unidad en estos temas, por la diversidad de los asuntos y porque el método de estudio -científico o filosófico- es diferente. Contra tal objeción cabe argumentar que las cuestiones mencionadas constituyen un verdadero denominador común 'para todas las disciplinas jurrdicas, necesarias, por tanto, para su estudio y comprensión, como el auténtico núcleo conceptual sobre el que se sustentan.

4.- SU ENSEÑANZA EN LA UNIVERSIDAD DE SAN MARCOS

Desde los primeros años de la Universidad de San Marcos, fundada en 1551, se enseñó jurisprudencia en las cátedras de Derecho Romano y Derecho Canónico. Siguieron las de Prima y Vrspera de Leyes creadas en 1576, las de Instituta y Decreto que datan de 1577, la de Código establecida en 1585, y la de Digesto Viejo, transferida en 1695 "sin renta ni salario" del Colegio de San Felipe a la Universidad.

Como consecuencia de la expulsión de los jesuitas a fines del siglo XVIII, no pudo seguir funcionando el Colegio de San Martin, a cargo de aquellos desde su fundación en 1582, en el que se se

enseñaba también derecho. Esta es la razón determinante del nacimiento del Real Convictorio de San Carlos en 1771, tan ligado, desde ese momento, a la vida intelectual de la última etapa del virreinato y a la de los albores de la República.

En el Convictorio de San Carlos, su eminente Rector, Toribio Rodrrguez de Mendoza, fundó en 1785 la cátedra de Derecho Natural y de Gentes, en cuyo dictado siguió las enseñanzas de Heinecio, inspirado, a su vez en el jusnaturalista Pufendorf. El curso fue suprimido, en cumplimiento de una orden secreta de la corona española, derivada de la acusación formulada contra Rodrrguez de Mendoza por el Arzobispo González de la Reguera.

A comienzos de la República, en uno de sus perradas de mayor turbulencia, llegó al rectorado de San Carlos, Bartolomé Herrera. "Los viejos autores, gracias a él, fueron reemplazados por otros, en los textos y en las lecciones. El sensualismo de Candillac, abrió paso al eclecticismo de Cousin y a la metafrsica de lo absoluto, influenciada por Krause; el jusnaturalismo de Heinecio fue reemplazado por la filosofia del derecho de Ahrens y por el tratado del comendador D. Silvestre Pinheiro Ferreyra sobre "Derecho Público Interno y Externo" que el mismo Herrera tradujo y comentó porque Pinheiro habra abandonado los errores de la escuela histórica, uniéndose a la corriente idealista;' nuevas teorras sobre el Derecho Correccional, como se llamaba el Derecho Penal en esa época; y el Derecho Constitucional, vinieron a reemplazar a las antiguas" .

El plan de estudios del Convictorio carolina comprendió los cursos de Derec)1o Natural, Civil Patrio, Constitucional, Internacional o de Gentes, Romano y Canónico y como materia

complementaria a la de Derecho Civil Patrio y la de Práctica Forense. Desde 1845 se enseñó Economía Política y desde 1846 Teneduría de Libros.
El Reglamento General de Instrucción de 1885 señaló como materias de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de San Marcos: Derecho Natural y Público, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Canónico, Legislación Comparada, Oratoria y Práctica Forense, Economía Política y Estadística. La reforma de 1861, en lo que concierne a la Facultad, mantuvo los mismos cursos con el solo cambio de Derecho Eclesiástico por Derecho Canónico y la creación de la cátedra de Derecho Romano.

El plan de estudios de 16 de marzo de 1866, dispuso que los cursos de la Facultad de Jurisprudencia sean: Dereoho Civil (que comprendía Código Civil, Mercantil y de Minería), Derecho Romano (que comprendía las Instituciones de dicho Derecho y Legislación comparada), Derecho Penal (que comprendía Administrativo, Constitucional e Internacional Positivo de América), Derecho Filosófico (que comprendía el Natural, Político y de Gentes), Derecho Eclesiástico (que comprendía el Canónico y la Historia Eclesiástica), Práctica de Derecho (Teoría positiva del enjuiciamiento civil y penal, la práctica y la oratoria forense) y Economía Política (que además de esta ciencia, comprendía estudios de Hacienda Pública y Estadística) 14. La reforma de 1871, distribuyó mejor las materias, pero no introdujo innovaciones sustanciales.

La Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, creada en 1875, se integró con algunas materias que correspondían a la de Jurisprudencia (Economía Política, Derecho Constitucional,

Derecho Internacional, Derecho Administrativo y Estadística) obligatorias también para los estudiantes de esta última. El Reglamento de Instrucción Pública promulgado el año siguiente, mantuvo los estudios de Derecho Natural en la Facultad de Jurisprudencia (art. 275) y creó el curso de Enciclopedia Jurídica (art. 280), en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas.

La reforma siguiente, que data de 1884, mantuvo en la Facultad la cátedra de Derecho Natural y Ciencia de la Legislación, hasta que en 1902 fue reemplazado por la de Filosofía del Derecho. En el plan de estudios, aprobado el 26 de julio de 1935, se estableció la cátedra de Introducción a la Ciencia del Derecho bajo el nombre de "Introducción a las Ciencias Jurídicas y Políticas" en la sección profesional, y se trasladó la de Filosofía del Derecho al Doctorado.

El estudio de Filosofía del Derecho -antes Derecho Natura!- en el primer año de la Facultad no correspondía, en esa época, al grado de preparación de los alumnos, que si bien es verdad habían seguido asignaturas de Filosofía en la sección preparatoria, desconocían aún los problemas mismos del Derecho. Resultaba incongruente tratar de cuestiones sobre Ontología, Lógica y Axiología Jurídicas, a la .vez que de otras referentes a la definición del Derecho, a las ciencias que se ocupan de él y de su contenido.

Los propios estudiantes recogieron tan patente necesidad, y el portavoz de ellos, don Víctor Andrés Belaúnde, después preclaro maestro universitario, en el Congreso de 1903, propugnó un acuerdo en ese sentido. Un maestro de San Marcos, don Pedro

M. Oliveira, en 1910, abogaba por esa reforma, aceptada entre nosotros tan sólo en 1935.

Dentro de una recta organización de los estudios jurídicos en la Universidad, la asignatura de Introducción a la Ciencia del Derecho corresponde al ciclo "pro-jurídico", es decir, a la etapa preparatoria que se sigue en la propia Facultad de Derecho, previa a las materias jurídicas.

Su ubicación en el ciclo jurídico significaría que debe estudiarse conjuntamente con materias de las que constituye una parte previa o propedéutica; y en una facultad o escuela preparatoria, desnaturalizaría la finalidad formativa y cultural de ésta.

"Creóse hace poco -decía el Dr. Manuel Vicente Villarán en la exposición de motivos del Plan de Estudios de la Facultad de 1935- el curso de Introducción a las Ciencias Jurídicas. Opinamos en favor de su conservación pero con el carácter de cátedra independiente y no, como se hallaba establecida, a manera de fragmento del primer curso de Derecho Civil.

Mucho podría alegarse en favor de esta cátedra que consideramos de la mayor importancia.
Ella reemplaza con ventaja en el primer año de estudios a la Filosofía del Derecho. Son numerosas las Facultades de diversos países que tienen en sus planes esa cátedra preparatoria. En algunas lleva el nombre de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales. Nosotros creemos que con más propiedad podemos llamarle Introducción a las Ciencias Jurídicas y Políticas, pues, su propósito especial debe ser el de la exposición de ciertas ideas

generales sobre el Derecho y sobre el Estado que son nociones inseparables".

"la Filosofía del Derecho no es un estudio adecuado para principiantes. Colocada en los primeros años es inevitable que pierda la elevación que le corresponde y se adapte al nivel de preparación del estudiante, convirtiéndose en un curso de Introducción al Derecho.

Las Facultades extranjeras en que existe el curso de Filosofía del Derecho, lo colocan con razón en el último año de estudios. Con esta condición creemos que debe conservarse nuestra Facultad, en calidad de cursos para el doctorado".
Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Año I N° 1, Lima, 1936, pág. 145.

CAPITULO III

EL HOMBRE DE DERECHO

1.- El hombre de derecho y sus características. 2.- El abogado. 3.- Historia de la Abogacía. 4.- Etica de la Abogacía. 5.- El juez y su función. 6.-El Fiscal.

1.- EL HOMBRE DE DERECHO Y SUS CARACTERISTICAS

Hombre de Derecho es aquél que - cultiva, investiga, difundey aplica los conocimientos de la Ciencia del Derecho, esto último con el propósito de alcanzar la justicia y los demás valores jurídicos. El abogado, el juez y el fiscal --en sus diversas categorías- el maestro de Derecho, el funcionario del Estado, son hombres de derecho.

El estudio y el examen de los hechos de cualquier naturaleza en cuanto producen consecuencias de derecho; el análisis de las normas a fin de resolver la inmensa y renovada gama de conflictos jurídicos, y la realización de la justicia, objeto de la estimativa y la axiología jurídica, constituyen las tareas fundamentales del hombre de Derecho.

Tales tareas, que inciden en el mundo de los hechos y de las normas, sitúan al hombre de derecho en el ámbito del "horno theoretico" a cuya actitud hay que agregar esa permanente conciencia axiológica derivada de la necesidad de descubrir e impartir la justicia.

La exigencia de justicia se cumple de dos modos: "la justicia ideal o como ideal de justicia, y la justicia positiva considerada como seguridad jurídica. La primera es progresiva, mientras que la segunda es conservadora y estática. "El hombre de derecho lego o profano --escribe Radbruch- se orienta más bien hacia la justicia; el hombre de derecho jurista, más hacia la seguridad; hablando el lenguaje Spranger, aquel es más idealista del derecho; éste, más formalista del derecho" .

La justicia se busca y se logra por el camino de la verdad. "Por la verdad hacia la justicia" debería ser el 'lema de todo auténtico hombre de Derecho.

Pero hay algo más: la justicia está connotada por la igualdad 2, cuyo reconocimiento exige imparcialidad, ponderación, serenidad, en una palabra, bondad. De allí que las profesiones jurídicas estén llamadas por esencia a mantenerse alejadas de todo interés. Una ley dictada en la época de Augusto prohibe a los abogados cobrar por sus servicios.

Aceptado dicho cobro, después, se llamó y se sigue llamando "honorario", es decir, por honor.

2.- EL ABOGADO

Abogado -palabra derivada de ad-vocatus; vocatus-ad como señala Carnelutti- quiere decir "el llamado". El abogado es la persona llamada por otro para que defienda y ampare su' vida, su honor, su integridad, sus bienes, en una palabra sus derechos, en caso de amenaza, de coacción, de peligro.

Las Partidas españolas llaman al abogado "vocero" 3, porque "con voces usa su oficio" que consiste en razonar "en pleito suyo o de otro en juicio, como actor o como reo".

La abogacía, cuya tarea propia es el patrocinio y la defensa, toma en su ejercicio diversas modalidades: jurisconsulto es el. hombre de consejo a cuya consulta se recurre para esclarecer una cuestión de derecho; letrado es el hombre de ciencia cuyo saber merece confianza; jurista es el profesional versado en el examen y la critica de la ley, según los principios del derecho, de la filosofía, de la moral y de la religión.

En el ejercicio de sus tareas propias, como expresara Carnelutti 4 el abogado realiza la función de intermediario entre las partes que buscan justicia y el juez que la otorga. Experto en derecho, traduce al lenguaje jurídico el habla humilde del hombre de la calle. Demanda justicia para su patrocinado; la justicia que éste busca. En este sentido realiza una función privada. Pero ejerce también -y quizá de modo principal- una tarea pública, aquella "profesión pública del derecho" de la que hablaba el gran abogado norteamericano Elihu Rool. Como dijera el magistrado Holmes "la responsabilidad última del abogado es establecer, desarrollar y esclarecer las normas que deben gobernar la conducta del hombre durante siglos".

Los estudios para ejercer la abogacía, en la casi totalidad de los países, se realizan en las universidades por lo cual su orientación tiende a ser fundamentalmente científica.
Con acierto señala Ch. Eisenmann que, "según consenso universal" universitario significa científico, por lo cual tal enseñanza, en cuanto se refiere al derecho, ha de tener por objeto explicarlo y hacerla eno tender de modo total "contemplando todas sus manifestaciones". De allí que "admitir que la enseñanza jurídica se contente con objetivos únicamente prácticos, es consentir que no procura más que un conocimiento truncado, mutilado y deforme de su objeto, y que trata al derecho como un mero objeto de práctica; es sacrificar de golpe la consideración de toda una serie de problemas que suscita".

La profesión permanente de defensa del derec.ho exige del abogado no sólo la preparación científica que recibe en la Universidad sino una conjunción de calidades difícil de lograr.

"Dad a un hombre todas las dotes del espíritu y todas las del carácter -escribió Giurattihaced que todo lo haya visto que todo lo haya aprendido y retenido, que haya trabajado durante treinta años de vida, que sea en conjunto un literato, un crítico, un moralista, que tenga la experiencia de un viejo y la infalible memoria de un niño y tal vez con eso formaréis un abogado" . Pero el abogado debe cumplir otra exigencia más grave. y necesaria: "la rectitud de conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimentos. Primero es ser bueno, luego ser firme; después ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia en el último" 8.

2.- HISTORIA DE LA ABOGACIA

En Grecia antigua aparecen los primeros abogados de Occidente. Las defensas en el Areópago se hacían por oradores entre los que destacaron Pericles, Demóstenes, Esquines, Hipérides.

Antes de cada audiencia se regaba con agua lustral el lugar donde debía realizarse para purificarlo de los malos espíritus.

Al comienzo los logógrafos escribían y pronunciaban los discursos y los abogados se encargaban de las defensas. Con el tiempo se unieron ambas funciones.
En Roma, según el Digesto, "abogar es exponer en juicio las propias razones o las razones del amigo refutando las del adversario". Los abogados fueron denominados advocatus (los llamados). Durante la Monarquía se les designaba "patroni", posteriormente "caucidici" bajo el imperio. Se les llamó también "cognitori". "monitor", "formulari", "rhe, tor".

Los abogados debían ser mayores de 17 años y haber estudiado derecho por 5 años. No podían ejercer la abogacía los ciegos, los sordos, los que hubieran cometido actos indignos, y las mujeres salvo para alegar en propia causa a partir del Código Teodosiano.

Tan grande fue el prestigio y la brillantez del Foro que emperadores como Trajano asistieron a las grandes audiencias sin interrumpir jamás a óradores como Cicerón, Antonio, Craso. Por su parte los jurisconsultos recibieron de los emperadores la potestad de hacer derecho. La palabra de Ulpiano, Gayo, Paulo, Papiniano y Modestino fue considerada fuente de aquél.

Los abogados estaban organizados en Roma por "milicias"" (colegios) verdaderas órdenes, bajo la dirección de un Prima, asesorado por un Consejo y con jurisdicción disciplinaria.

Las invasiones germánicas, dada la naturaleza del derecho de esos pueblos, propendieron a la desaparición de la abogacía, que fue restableciéndose a medida en que los conquistadores recibieron la legislación romana. En las Capitulares de Carlomagno se menciona por primera vez a los abogados y se dispone que no se debe admitir en la profesión, sino a hombres "dulces, pacíficos, temerosos de Dios, amantes de la justicia y la verdád, bajo pena de eliminacién".

Posteriormente, la vigencia del derecho común y el auge de la Escuela de Bolonia, vinculan la abogacía con las nacientes univérsidades y contribuyen a su jerarquía e influencia.

En España moderna, el ejercicio de la abogacía fue regulado por sucesivas y diversas leyes. Su prestigio y su desprestigio llevó a que se restringiera su paso a los países de América para evitar la proliferación de pleitos y diferencias.

En Francia, la Revolución suprimió en 1790 la colegiación de los Abogados quienes no debían "formar ni órden ni corporación y no tendrían ninguna ropa especial en el ejercicio de sus funciones". Esta nor-" ma fue derogada en 1804.

Con posterioridad, la abogacía se ejerce en todos los países, y el abogado, como señala la ordenanza alemana de 1936, "es un competente y asiduo representante en todos los negocios jurídicos. Su profesión no es una industria sino un servicio al Derecho".

4.- ETICA DEL ABOGADO

Los abogados, en el ejercicio de su profesión están sometidos a la ley y a los principios del Código de Etica profesional vigente en cada país.

San Alfonso María de Ligorio, que e.n su juventud ejerció la abogacía en Nápoles, dbnsideró como deberes del abogado: 1) No aceptar causas injustas, peligrosas para la contiencia y la dignidad; 2) No defender una causa empleando medios ilícitos; 3) No cobrar sino, el honorario convenido; 4) Tratar la causa patrocinada con celo y dedicación; 5) Estudiar concientemente la defensa de los derechos del cliente; 6) No perjudicar al cliente con negligencia y demoras y en caso de que le haya ocasionado algún perjuicio, resarcirlo bajo pena de pecar contra la justicia;

7) Implorar el auxilio de Dios, porque Dios es el primer defensor de la justicia; 8) No aceptar causas superiores a su talento y a sus facultades; y 9) Ser siempre justo y honesto en el ejercicio de la profesión.

Ha adquirido en América gran preeminencia y difusión el decálogo que contiene los "Mandamientos del Abogado" del eminente maestro y jurista uruguayo Eduardo J. Couture:

1°- Estudia. El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.

2°- Piensa. El Derecho se aprende estudiando pero se ejerce pensando.

3°- Trabaja. La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

4°- Lucha. Tu deber es luchar por el Derecho; pero el día que encuentras en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la justicia.

5°- Se leal. Leal para con tu cliente al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de tí. Leal para con el adversario aunque él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos, y debe confiar en lo que tú dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez debe confiar en el que tú le invocas.

6°- Tolera. Tolera la verdad ajena ~n la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

7°- Ten paciencia. El tiempo se venga ,dQ las cosas que se hacen sin su colaboración.

8°- Ten fe. Ten fe en el derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como el destin() normal del Derecho; en la paz, como el sustitutivo bondadoso de la

justicia, y, sobre todo, ten fe en la libertad, ~in la cual no hay ni Derecho, ni Justicia ni Paz.
9°- Olvida. La abogacía es una lucha de pasiones. Si 'en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida seré:, imposible para ti. Concluído el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.
10°- Ama tu profesión. Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día que tu hijo te pida un consejo sobre su destino, c()nsideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.

Los mandamientos morales de la abogacía se inspiran en tales principios que han guiado los Códigos de Etica de diversos países.
La misión del jurista influido por el concepto de libertad, ha escrito Radbruch, es lograr el "Estado de Derecho" pero no solo al modo de concepto político, sino en tanto que "concepto cultural, entendido como "la defensa de la libertad contra el orden; de la vida contra la razón fría; de la causalidad ,contra la regla; la de plenitud contra el esquematismo, o dicho en dos palabras: la defensa de aquello que es un valor y un fin, frente a aquello que no es más qué un medio, que vale sólo en cuanto sirve a aquél".

5.- EL JUEZ Y SU FUNCION

La palabra juez deriva de jus y dax contracción de vindex.
Lo que significa que el juez es vindicador del derecho 'en pos de la justicia.

En la "Etica Nicomaquea" Aristóteles dice que "todas las veces que los hombres disputan entre sí, recurren al juez. Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, por decirlo así, la justicia animada. Las partes buscan en el juez como un medio entre ellas; y de aquí que en algunos lugares se llame a los jueces mediadores, como dando entender que cuando alcanzan el medió alcanzan la justicia. Lo justo es, pues, un medio, puesto que el juez lo es".

Las Partidas españolas dicen que "los juzgadores ha nombre de jueces, que quiere tanto decir, como hommesbonnos que son puestos para mandar et facer derecho".

La actividad del juez exige una preparación especializada y profunda -reconoce Wilhelm Sauer- garantizada por "una amplia formación jurídica y sociológica, junto a aquella "ética profesional", que puede adquirirse de modo más seguro preparándose para la función judicial; juicio objetivo e imparcial sin excepción de personas, clara visión de los hechos, conocimiento seguro de los hombres, entereza respecto del superior, benevolencia para con elinférior, inhibición de la personalidad, relegándola a segundo término en beneficio de la cosa misma, y en definitiva de la colectividad o aun de la misma humanidad, eliminando toda influencia partidista".
La función del juez implica el ejercicio de tres actividades: 1) investigación de los hechos; 2) hallazgo de la norma jurídica que se debe aplicar; y 3) juicio de valor para la aplicación de esa norma. La primera actividad es sociológica; la segunda participa del carácter jurídico y sociológico y la tercera es de órden crítico-normativo.

El imperativo de administrar justicia, exige que el juez sea un hombre justo, que se realice "desligado de toda vinculación humana, y por encima de toda simpatía y de toda amistad; y bueno es que los que van a ser juzgados lo sientan extraño, innaccesible, como una divinidad en su Empireo".
Dada la complejidad de la función que desempeña el juez y los permanentes cambios del derecho, resultan limitados los estudios jurídicos ordinarios para el ejercicio de tarea tan grave y complicada. Por tal razón en algunos países como Francia, España y Japón, se han creado Escuelas de Post-Grado para los aspirantes a la judicatura. La Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, ha fundado una en 1972.

6.- EL FISCAL

El Fiscal es un funcionario que ejerce acción pública en defensa del interés social para que se administre justicia con celeridad y acierto y se cumpla la ley.
Los quoestori romanos, los saions italianos, los graffions francos y los missi dominici de Carlomagno constituyen antecedentes de este instituto. Los fiscales proceden como actores en apoyo de los incapaces y de las instituciones públicas y como requirientes para' ilustrar a los jueces. De aquí la necesidad de su elevada preparación jurídica, de su imparcialidad y su independencia, también con relación al Poder Judicial al que deben requerir.

El Ombudsman instituido por la Constitución de Suecia de 1809 con el fin de controlar por cuenta del Parlamento la aplicación de la ley, y posteriormente encargado de defender los derechos del ciudadano contra los permanentemente crecientes poderes de

la administración, realiza importantes funciones. En la actualidad existe en Suecia. Noruega, Finlandia, Dinamarca, Reino Unido, Alemania Federal, Canadá (Alberta, Nueva Brunswich, Quebec, Manitoba). Nueva Zelandia e Isla Mauricio.

TERCERA PARTE

EL DERECHO Y OTRAS FORMAS DE LA CULTURA.

CAPITULO I

EL DERECHO Y LA MORAL

1.- Aspecto histórico del problema. 2.-Relaciones entre el Derecho y la Moral. 3.- Fundamentos de la distinción entre ambas órdenes,

1.- ASPECTO HISTORICO DEL PROBLEMA

La Moral expresa con acierto Jolivet, "tiene por objeto establecer las condiciones generales del deber o, en otros términos, los principios generales que determinan la rectitud de los actos humanos" .

En la historia de las relaciones entre el Derecho y la Moral cabe marcar los limites que separan tres etapas; la primera: de confusión;

la segunda absorción del Derecho por la Moral; y la tercera de separación.
La primitiva moral de los héroes, que exalta la fuerza arbitraria, consagra también el derecho de los más fuertes en el campo de las relaciones interindividuales.
Se pasa después a la concepción que tiene como ideas centrales: la subordinación del hombre a la ley (Dike, Némesis, Themis) y la sanción divina contra los infractores, que vale tanto para el mundo moral como para el jurídico.
Los sofistas unifican también lo justo (el derecho) con lo honesto (la moral) y consideraron que ambos órdenes nacen de la ley que significa lo mismo que convención u opinión.

Sócrates pensó que el concepto virtud (areté) se identifica con el de sabiduría. Si la inteligencia es la más alta calidad humana, es también su virtud. Conocer el bien obliga a practicarlo, por tanto, se puede enseñar a ser justo y a ser bueno. Se es malo sólo por ignorancia.
En la sabiduría se reúnen todas las virtudes: la piedad, que gobierna las relaciones del hombre con Dios; la justicia que rige las relaciones interhumanas; el valor o la fortaleza que se refiere a la voruntad; y la templanza. al apetito y a la sensibilidad.
En la clasificación socrática desaparecen los Ifmites que separan el derecho de la moral.
El pensamiento platónico desenvolvió las ideas de Sócrates. La justicia, es la virtud por excelencia, equilibrio y armonía de las otras virtudes: templanza, fortalza y sabiduría, que asigna alas diversas partes del alma en el individuo (moral) y las diversas clases en que se divide la sociedad (derecho) sus correspondientes funcioness. La Etica aristotélica tampoco llega a precisar la diferencia centre las dos órdenes de conceptos. La

justicia, de la que hace Aristóte1es un análisis insuperable, pertenece a la clase de las virtudes morales. Consiste en lo legal y lo equitativo, y estatuye que se viva de acuerdo al dictado de cada una de las otras virtudes.

El Estado, para Platón, y más aún para Aristóteles, los más altos representantes de la filosofía griega, tiene un fin ético. Dentro de él se alcanza el bien más elevado, cual es el "bienestar general" y, por eso, la Política, ciencia del gobierno, es un capítulo de la Etica.

El Derecho carece de autonomía. Constituye una parte de la Moral o un aspecto de la Retórica. De aquí que la misión del hombre de estado y la del jurista sea la misma que la del filósofo en quien se identifican sabiduria y virtud. Esto explica el anhelo platónico: que todos los filósofos sean gobernantes y todos los gobernantes filósofos.

Los juristas romanos tampoco deslindaron los límites que separan el derecho y la moral.
Demuestra este acerto la clásica definición del derecho dada por Celso: Jus est ars boni et aequi. Es indudable que aquí, los conceptos bueno y equitativo, pertenecen al orden moral.

La misma confusión aparece en el Digesto, cuando señala los juris-preceptos: Jurispraecepta sunt haec: honeste vivere, alterum nom Isedere, suum cuique tribuere. Vivir honestamente, es una máxima de orden moral y, junto a ella, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo, tienen el mismo sentido.

La hermosa definición que Ulpiano da de la ciencia del derecho, a la que atribuye el conocimiento de lo más alto -de la totalidad del saber sobre lo divino y lo humano en conjunto- patentiza esa concepción que aunó sin mayores distingos Moral y Derecho.
La doctrina cristiana, que produjo una profunda transformación de las antiguas concepciones del Derecho. y del Estado, "no tuvo significado jurídico ni político, sino sólo moral" 3. Con ella se inicia la segunda etapa, que hemos caracterizado como período de inclusión del derecho dentro de la moral.

La Edad Media -y esto vale también para todo pensamiento cristiano anterior- "no posee otro estudio acerca de las propiedades universales del derecho, de la moral, etc., ha escrito Dilthey, fuera del metafísico".

Para San Agustin, el camino que debe seguir el hombre para satisfacer su anhelo profundo de disfrutar de Dios, está marcado por la lex aeterna y la lex naturae, es decir por los preceptos morales que son reglas de sabiduría.

Las normas éticas son apriorísticas e inmutables, como los teoremas matemáticos, según el autor de "De civitate .Dei". El origen de esas normas está en Dios. La moral y el derecho nacen de la misma fuente divina y buscan .el mismo fin, la plena felicidad humf\na; y el último, como regulación aplicada por el Estado, no sólo persigue el bienestar terreno sino una orientación hacia lo trascedente.

Para Santo Tomás de Aquino, la lex aeterna, regla suprema de la voluntad y del obrar humano, se proyecta en la conciencia del hombre y qonstituye la lex naturalis, conjunto de normas

morales y jurídicas de la más alta jerarquía y de absoluta validez.

Las raíces de la Moral y del Derecho se hunden por igual en la lex naturalis, que es para la voluntad lo que son los primeros principios para la inteligencia.
Sin embargo, es posible distinguir en la filosofía tomista diferencias entre las dos órdenes de normas. Mientras la vida moral exige ejercicio de todas las virtudes, el derecho es objeto de la justicia. Esta virtud es de naturaleza social, consiste en reconocer y otorgar a otro lo que es suyo, esto es, atribuir a los demás calidad de personas y admitir la potestad que tienen de usar las cosas para su propio bien. De aquí que el Derecho no tenga como objeto inmediato la bondad interfor de los hombr~s, sino la forma como se manifiesta ese reconocimiento que hacen de lo que corresponde a los demás.

La tercera etapa, la separación en\re el Derecho y la Moral, se inicia con el Renacimento y corresponde a la Filosofía individualista moderna.

Las luchas religiosas que hieren profundamente la fe en una verdad única; la vuelta del hombre sobre sí mismo y la prelación del problema gnoseológico sobre el ontológico, son causas del idealismo y del subjetivismo moral, que se refuerza con la necesidad de mantener la intimidad de la conciencia y de las creencras, frente al creciente poder del Estado.

Hugo Grocio afirma la existencia de un derecho natural fundado en la sociabilidad humana, independiente de la Teología, como

más tarde lo iban a destacar Hobbes y, con mayor nitidez, Pufendorf.

Fue el jurista Christian Thomasio, de fines del siglo XVII y de comienzos del XVIII, quien precisó los alcances de la distinción entre la Moral y el Derecho. Su intento, dice Del Vecchio, fue "principalmente político, esto es, se proponía señalar los límites de la dominación del Estado, reivindicar la libertad de conciencia individual arbitrariamente invadida por la coacción jurídica".
Las normas del obrar, según Thomasio, son de tres clases que corresponden a tres ciencias distintas: la Etica, la Política y la Jurisprudencia, cuyo fin es el mismo, la felicidad humana.

La Etica tiene por principio lo honestum cuya máxima es Quod vis, ut alii sibi faciant, tute tibis facies -hazte a ti mismo aquello que querrías que los demás se hicieran a sí mismos; el principio de la política es el decorum y su máxima: Quod vis ut alii tibi faciant, tu ipsis facies- haz a los demás aquello que querrías que los demás te hagan a ti; y el principio del Oerecho es lo iustum y su máxima: Quod ti.
bi nom vis fiere alteri ne feciris -no hagas a los demás aquello que no querrías te fuese hecho a tí.

El campo de la Etica es la conciencia y su fin alcanzar la paz interna; el campo del Derecho es el de las relaciones interindividuales y persigue el establecimiento de un régimen de coexistencia entre los hombres. Las consecuencias de esta distinción son de gran importancia.

La Moral se refiere, según Thomasio, al fuero interno; el derecho al forum externum. Los deberes mora!es no pueden hacerse

valer por la fuerza; el mundo moral es incoercible, hasta él no puede penetrar ningún poder extraño; en cambio, deberes jurídicos son coercibles, puesto que se puede obligar a otros a realizar acciones externas. Tomasio llama deberes perfectos a los jurídicos, dotados de coercibilidad; e imperfectos a los morales, incoercibles.

El pensamiento de Thomasio influyó en la filosofía moral kantiana.
Kant rechaza los sistemas morales que se fundan en la utilidad, el placer, la felicidad o la simpatía. Según él, la voluntad moral es autónoma porque "tiene en sí misma su ley".
Esa ley, a la que Kant denomina "imperativo categórico", manda de modo absoluto, y se formula así: "Obra de tal maneta que la máxima de tus actos pueden valer como principios de una legislación universal". La ley universal descarta los motivos particulares y carece de contenido, es un principio meramente formal.
La existencia del deber moral "el deber por el deber" constituye el fundamento de la libertad del hombre y de los postulados de la inmoralidad del alma y de la existencia de Dios, y no éstos las bases de aquél.
La diferencia entre la Moral y el Derecho, según Kant, se encuentra en que la primera considera como lo único relevante el motivo de la acción, por lo cual ésta será moral si ha sido cumplida con intención moral; mientras que el Derecho se ocupa del aspecto externo de los actos, de si la acción se ha cumplido o no, prescindiendo de sus motivos. "Deberes de Derecho -dice Kant- son aquellos para los que es posible una legislación externa; deberes de virtud son, por el contrario, aquellos para

los que no es posible tal legislación" 6. Los primeros son coactivos, los otros no.

De tal concepción se desprende que el Derecho tenga por fin regular la coexistencia social de los hombres mediante "el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual pueda coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad".
Entre los continuadores de Kant, fue Fichte quien acentuó aún más, si cabe, la antítesis entre la Moral y el Derecho, "separados por la razón" y, por tanto, "completamente opuestos".
El pensador neokantiano Stammler señala así la diferencia: mientras la moral es un querer autónomo, el derecho es entrelazante y heterónomo. Para Del Vecchio, las acciones humanas pueden considerarse 'bajo dos aspectos: en relación al sujeto mismo que las realiza; o en relación con los actos de otro sujeto. En el primer caso, a la acción se opone la omisión; en el segundo un impedimento por parte de otros. Lo primero corresponde al orden moral; lo segundo al jurídico que viene a ser "la coordinación ética objetiva" del obrar que "se traduce en una serie correrativa de posibilidades e imposibilidades de contenido con respecto a varios sujetos".

Radbruch afirma que el derecho es distinto de la moral por su contenido -relaciones entre las personas, y el hombre -en cuanto individuo, pero que tiene con aquella un doble vínculo: sobre la Moral descansa la validez del derecho y ella constituye, a su vez, la meta del orden jurídico.

2.- RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL Ihering llamó "Cabo a Hornos" o "Cabo de las Tormentas" de la Filosofía del

Derecho, al arduo problema de las relaciones entre el orden jurídico con el' moral. Benedetto Croce, fue más allá; le dio el nombre de "cabo de los naufragios" para significar la casi imposibilidad de bordearlo.

La Moral y el Derecho, que constituyen dos "ramificaciones de la Etica", según la acertada expresión de Miraglia, se hallan estrechamente vinculados.

Todos los actos humanos -los que tienen por objeto la perfección del propio sujeto, los que se dirigen a los demás o hacia Diosson susceptibles de bondad o de maldad, pueden ser moralmente buenos o moralmente malos. Entre tales actos se encuentran ! os que correspondenal Derecho.

Por otra parte, el Derecho apunta hacia la justicia que no es sólo lo que se otorga a otro, sino una virtud moral íntimamente ligada a las otras virtudes.
En el ámbito de los deberes, tanto morales como jurídicos, la obligación que imponen no se funda en un simple mandato externo sino en la aceptación que le presta la conciencia, que constituye su sustento moral. Si así no fuera, la imposición física, las órdenes injustas y los dictados caprichosos y arbitrarios, serían fuente de deberes.

Además el derecho, que garantiza al hombre en el cumplimiento de su fin raCional, está llamado a protegerlo para que pueda realizar sus deberes morales. "Aquello que es deber siempre es derecho y no puede ser deber aquello que no sea derecho" proclama Del Vecchio. La Moral, por su parte, significa un "límite infranqueable" para el Derecho. Las normas jurídicas no pueden

ordenar nada que sea inmoral, porque si así fuera, habría que admitir que el derecho es capaz de prescribir algo que aparta al hombre de su fin racional.

Desde el punto de vista de la ética de los valores es manifies.ta también la vinculación que se da entre la Moral y el, Derecho.

Los valores morales y los valores jurídicos se imponen igualmente a la conciencia "y luego como son aprehendidos por el yo, piden una toma de posición, una respuesta de valor". Esa respuesta de valor, es en los valores positivos un entregarse al valor, un volverse hacia él, una especie de anhelo o deseo de él; en los negativos, un desviarse de él, un ser repelido por él".

Tanto los valores morales como los jurídicos ofrecen una nota común: se presentan como verdaderas exigencias, se alzan como "un tú debes frente al individuo".

3.- FUNDAMENTOS DE SU DISTINCION

¿Cuáles son las diferencias entre la Moral y el Derecho?
Desde comienzos de la Edad Moderna y en forma precisa, desde el momento que corresponde a la Filosofía de Tomasio y de Kant, se subraya como rasgo distinto entre la Moral y el Derecho, la nota interioridad exterioridad.

Quienes pretenden caracterizar lo moral con el sign"o de la interioridad y lo jurídico con el de la exterioridad, sostienen que las prescripciones morales se limitan al ámbito de la conciencia

exclusivamente y las del derecho a la conducta externa del hombre.

La división de los actos humanos en "internos" y "externos" significa un artificio que carece de fundamento la Psicología nos dice que el pensamiento constituye un "esbozo" de acción y que esta en su cabal sentido, no puede realizarse sin aquél. Por esa misma razón, es inexacta también la separación de dos momentos -interno y externodel mismo acto, y si así fuera, el primero de tales momentos sería incognocible para los otros sujetos.

No cabe por eso, una oposición entre la Moral y el Derecho sino una simple distinción fundada en "el punto de partida" y en la "preponderancia" de sus intereses.

La Moral no sólo se ocupa de la conducta interna sino de la externa en cuanto constituye testimonio o modo de expresión de aquella. Por su parte, el derecho mira hacia la interioridad de la conciencia en cuanto ella constituye el punto de partida de una acción externa. Por tal razón, cuentan en el orden jurídico la buena fe, el dolo, la culpa, la intención de los contratantes, etc.

Puede interpretarse también que la interioridad de la moral significa que a ésta le basta la conformidad de la conciencia con la norma; y que la exterioridad del derecho es su sola "legalidad", es decir, la subordinación de la voluntad a la norma, su acatamiento externo.

Pero, como lo nota bien Radbruch, un deber de simple legalidad es "una contradicción en sí", porque la adhesión externa a la norma no constituye fundamento para obligar.

Para distinguir la Moral del Derecho se ha señalado el carácter incoercible de la primera y la ínsita coercibilidad del segundo. Se dice que se puede constreñir al obligado para que cumpla sus deberes jurídicos, pero que no se puede compeler a nadie para que observe los preceptos morales. Recasens Siches señala que la '~imposición inexorable" del derecho "no se detiene respetuosa ante el albedrío del sujeto dejando que éste libremente decida sino que, por el contrario, trata de anular la decisión adversa, trata de hacer imposible la realización de la rebeldía a la norma" mientras que la moral expresa un imperativo que "debe ser cumplido libremente por el sujeto".

Contra tal distingo cabe argumentar que existen sanciones morales, .derivados del cumplimiento o del incumplimiento de los deberes morales, cuya existencia es innegable.

Además, comenta Cathrein los deberes jurídicos no pueden despojarse de su carácter moral y de él deriva la razón de su obligatoriedad. La posibilidad de exigir su cumplimiento a otras personas, nace de una necesidad de la vida social, porque su objeto es atribuir y dar a los demás lo que es suyo, pero tal propiedad que los hace coercibles, no los despoja de su carácter moral que nace de la adhesión que les presta la conciencia.

La autonomía de la Moral y la heteronomía del Derecho, han sido consideradas también como otros de sus caracteres distintivos.

La autonomía de la Moral significa que se cumpla el deber por el solo sentimiento del deber. La heteronomía del Derecho, quiere decir que sus mandatos provienen de un poder extraño que no es, por cierto, el propio sujeto, independientemente de lo que éste piense.

Pero los imperativos y las órdenes que se reciben de fuera no constituyen por sí mismos Derecho. Solamente el reconocimiento y la aceptación del propio sujeto funda su obligatoriedad.

Quien obedece ciegamente a lo que otro le ordena, no cumple un deber; el obrar, en este caso, deriva de otras causas. Por esa razón, apunta Laun, que "el individuo puede adoptar una doble actitud frente al llamado derecho positivo, frente a las leyes y convenios estatales, etc., en cada caso de aplicación concreta: o las aprueba y las vive en cada caso individual de aplicación como un deber, como una presióninterna de su conciencia o de su sentimiento jurídico, en cuyo caso son para él derecho, aunque no las observe; o falta esa aprobación interna, en cuyo caso son para él tan solo fuerza aunque se doblegue ante ellas. No existe una tercera actitud".

Si se edifica el Derecho sobre la conciencia y el sentimiento jurídico, y no en la esperanza de una retribución ni en el temor a la coacción, se identifica con la Moral, y, de ese modo, ambos sistemas normativos constituyen una y la misma cosa, y todo esfuerzo por separarlos -dijo con énfasis el mismo Laun- "se convierte en una inútil disputa de palabras".

El análisis de las notas interioridad-exterioridad; incoercibilidadcoercibilidad; autonomía-heteronomía -atribuídas respectivamente a la Moral y al Derecho-, exige que se precise la verdadera diferencia entre ambos y, a la luz de esta, el sentido de aquellas notas.

Es evidente que el término del acto moral es el mismo sujeto que lo realiza mientras que el del acto jurídico es otro sujeto. Los escolásticos decían por esa razón que la Moral es "ad agendi" y el derecho "ad alterum".

El bien moral es aquél que responde a la tendencia de la naturaleza racional del hombre, que .se orienta hacia su perfección. De aquí se desprende que el acto es moralmente bueno porque contribuye a nuestro propio perfeccionamiento en el sentido más alto.
En cambio, el valor jurídico de un acto no se debe a que éste tenga como finalidad la dignificación ética del agente, sino a lo que él significa como reconocimiento de lo que es debido a otra u otras personas.

Si bien es cierto que existen deberes morales para con el prójimo -que tienen el carácter de tales, no solamente porque no son exigibles como los jurídicos, esto es, porque no constituyen "deudas" si no porque son buenos pura y simplemente- no caben derechos de la persona hacia sí misma.

Los deberes jurídicos, que se dirigen a otro sujeto, tienen como contenido lo que pertenece a éste, es decir, "lo suyo", y por tal razón son exigibles.

De este carácter se desprende la bilateralidad del Derecho, frente a la unilateralidad de la Moral, cuyas reglas simpfemente imperativas, se diferencian de las de aquél que son imperativo atributivas, como las denomina León Petrasizky.

La bilateralidad de las normas jurídicas significa que a la vez que atribuyen un derecho a un sujeto señalan correlativamente un deber a otro sujeto. No se concibe en el orden jurídico derechos sin deberes ni deberes sin derechos.
La unilateralidad de la Moral consiste en que sólo prescribe deberes. El cumplimiento de éstos no determina el nacimiento de ningún derecho.

Dentro de este sentido, señala De' Vecchio, que la verdadera distinción entre la Moral y el Derecho "se funda sobre la diversa posición lógica de las dos categorías. La Moral impone al sujeto una elección entre acciones que este puede cumplir; se refiere al sujeto por sí, y en consecuencia, contrapone unos actos frente a otros del mismo sujeto.

El Derecho, en campio, contrapone acciones de unos sujetos a acciones de otros sujetos, opera siempre con diversos sujetos.

Si aceptamos que las normas jurídicas expresan derechos que implican siempre deberes de otros sujetos, en cuyo cumplimiento deben observar determinada conducta que se realiza mediante actos extenias, podemos comprender en sus verdaderos alcances, lo que significa la exterioridad del Derecho frente a la interioridad de la Moral.

La exi'gibilidadde tales deberes se entiende también porque tienen el carácter de deudas en favor del -titular del derecho, que posee la facultad de exigir "lo suyo".
Finalmente, los deberes que impone el derecho, que obligan hacia otro, son prescritos por alguien que no es el sujeto obligado y, en este sentido, son heterónomos.

CAPITULO II

EL DERECHO Y LAS REGLAS DE TRATO SOCIAL

1.- Los usos, las costumbres y las reglas de trato social. 2.- Las normas morales y las reglas de trato social. 3.- Las normas jurídicas y las reglas de trato social. 4.- Naturaleza de las reglas de treto social.

1.- LOS USOS, LAS COSTUMBRES Y LAS REGLAS DE TRATO SOCIAL

El lenguaje corriente enlaza a menudo los términos "usos" y "costumbres" como si su significación fuera complementaria.

. Se llama uso a este "modo determinado de obrar que tienen una persona o una cosa" y costumbre "a la práctica mui usada que ha adquirido fuerza de precepto"

De acuerdo con su sentido, uso quiere decir hábito que a fuerza de repetirse se convertirá en costumbre pero que no es obligatorio como ésta; y costumbre es un uso que debe observarse o cump.lirse.
No todos los hábitos constituyen usos ni todos los ususadquieren el modo de las costumbres. Los hábitos individuales -pensar, expresarse, caminar, correr, dormir no son usos y muchos de éstos, no llegan a convertirse en costumbres.
El matiz diferencial entre usos y costumbres está en el carácter social de estas últimas. La sociedad recoge ciertos usos, los hace su yos, los transforma en algo "extraindividual" los impone a sus integrantes "desde fuera" y los convierte, de ese modo, en costumbres.

"En el decir de la gente encontramos la palabra "uso" formando tronco con costumbres. "Usos y costumbres" tratan juntos, pero si tomamos en serio el Y que parecia calificar de diferentes una y otra cosa, vemos que no podemos distinguirlos, o que la distinción es arbitraria.
El hecho de que esa pareja perdure en la lengua como un matrimonio b:en avenido, se explica parque, en efecto, el concepto costumbre parece mós significativo y ayuda a designar lo que se piensa vulgarmente cuando se dice "uso". El uso sería la costumbre y la costumbre un cierto modo de comportarse, un tipo de acción acostumbrado, esto es, habitualizado.
El uso sería pues, un hóbito social. El hóbito es aquella conducta que por ser ejecutada con frecuencia se automatiza en el individuo y se produce o funciona mecónicamente. Cuando esa conducta no es s6ló frecuente en el individuo sino frecuente en los individuos que la frecuentan, tendríamos el uso

acostumbrado".- José Ortega y Gasset. El .Hombre y la Gente.- Revista de Occidente, Madrid, pag. 232.

Por tal razón, las costumbres tienen un sentido impersonal, no pertenecen al patrimonio de determinado sujeto, sino al de todos los que intergan un grupo, una clase, un conjunto.

Además, las costumbres carecen de racionalidad, presionan al individuo para vencer su resistencia hasta que llega a realizarlas, sin comprender su sentido muchas veces.

. Algunas costumbres asumen el carácter de normas jurídicas y constituyen el derecho consuetudinario; otras son sólo simples usos sociales que corresponden a un grupo de mayor o menor amplitud, en una época determinada, y su violación trae oonsigo ya una. crítica ya una censura. Estas últimas se denominan reglas de trato social. usos sociales, normas convencionales, reglas de trato externo, convencionalismos sociales, decoro social o moralidad positiva.

Las reglas de trato social orientan y encauzan' un amplio sector de la vida humana que llamamos urbanidad, moda, cortesía, etiqueta, decoro, etc.

El problema consiste en precisar las diferencias que existen entre tales reglas y las normas morales por un lado, y las jurídicas por el otro.

2.- LAS NORMAS MORALES Y LAS REGLAS DE TRATO SOCIAL

Entre las reglas de trato social y las normas morales existen semejanzas muy generales. Unas y otras, como lo señala Recasens Siches, imponen una conducta; unas y otras "carecen de organizaciones coactivas para vencer la resistencia de los insumisos" y en ambas las "sanciones no tienden al cumplimiento" de la conducta que prescribe la norma infringida.

Es obvio admitir que los preceptos morales y las normas sociales indican un comportamiento y que no existe entidad alguna que tenga la función de obligar su observancia ni manera de conducir a los insumisos a guiar sus actos por tales preceptos.

Las diferencias son muy claras. Las reglas de trato social exigen una simple adhesión externa del sujeto sin cuidar para nada su sinceridad o su insinceridad. El que saluda, el que sigue los dictados de la moda u observa los cánones de la etiqueta, desearía, muchas veces, adoptar la conducta contraria.

La posición del sujeto es también diversa. "Las reglas de trato no toman en cuenta al sujeto como individuo en su vida plenaria y propia, sino que lo consideran como sujeto funcionario de una colectivk dad, como miembro fungible de un círculo, es decir, con la magnitud intercambiable, genérica de un grupo. No se' refieren a lo que el individuo hace como tal individuo, sino aquello que hay en su vida comunal de mostrenco, de tópico, de cauce o sendero genérico, se refieren a su pertenencia a un grupo social".

El trato social regula la vida del hombre en cuanto es integrante de una sociedad, de una clase, organización, círculo, o grupo. Las personas del mismo sexo, de la misma edad, del mismo

nivel económi- . co, profesión, etc., están sometidas a las mismas normas de trato que tienen para ellas. "una vigencia social efectiva" a diferencia de las normas morales 'que "gravitan sobre el individuo como tal iAdividuo en todo momento; y, además, su validez es independiente de que tos demás sujetos las cumplan o no".

Legaz Lacambra observa que la relación entre las reglas de trato social y la moral equivale a aquella que sirvió a la filosofía eso, clástica para vincular el Derecho Natural con las leyes humanas. Estas no derivan de aquél por "conclusión" sino por "determinación", según esa filosofía.

El mismo autor considera, que las prescripciones de los usos sociales no pueden oponerse a la moralidad "intrínsecamente considerada", "sino que su valor depeJ1de de que representan modos (sobre los cuales la sociedad es ciertamente libre) de aplicar en sus últimas consecuencias un precepto de moralidad" 5. Agrega, a guisa de ejemplo, que la elegancia en el vestir significa observancia de cierta exigencia ética derivada del respeto que nos debemos a nosotros mismos y a los demás. En el duelo o en ciertas modas, el ejemplo carecería de valor. Admitimos que el ideal de las reglas de trato social es su licitud moral, pero existe mucha distancia entre ese propósito y la unificación de uno y otro tipo Qe normas, por la sola negación de la existencia de un "tercer valor".

3.- LAS NORMAS JURIDICAS y LAS REGLAS DE TRATO SOCIAL.

¿Existen diferencias entre las reglas de trato social y las normas jurídicas?

No coinciden las respuestas a esta pregunta. Algunos tratadistas niegan independencia a los convencionalismos sociales; otros admiten su existencia y señalan los caracteres que los' diferencian del derecho. . Del Vecchio, uno de los más destacados filósofos del derecho de nuestro tiempo, cree que la conducta humana se halla sometida a normas morales o a normas jurrdicas. No cabe, según él, una tercera clase de normas que no sean ni unas ni otras. Aquellos preceptos que ofrecen ese aspecto "indefinido" o son preceptos morales, que aspiran a convertirse en reglas de derecho, o pertenecen a esta última categorra pero han perdido su estructura billateral. La semejanza entré el decoro social y las normas morales radica en que su observancia no puede ser exigida por otro sujeto.

Del mismo modo, Radbruch niega que exista esta dimensión de la cultura que denominamos trato social, porque carece de un valor propio que determine su contenido y su orientación. "Los conceptos culturales referidos a un valor, ha dicho, pueden definirse con ayuda de la idea a que se orientan. De esa manera hemos determinado a la moral como realidad cuyo sentido estriba en desarrollar la idea de lo bueno y al derecho como realidad que tiene el sentido de servir a la justicia. Una idea empero, a la que el decoro social pudiera orientarse, no se encuentra, y con ello fracasa la conmensurabilidad de la moral y el derecho por un lado, con el decoro sociah por el otro. El decoro social no puede coordinarse a los otros conceptos culturales, carece de sitio en el sistema de los conceptos de la cultura". Su destino, agrega, "es el ser absorbido por el derecho como la moral".

Según esta misma tesis el decoro social tiene un contenido confuso de "producto mezclado y en sr mismo contradictorio de valoración moral y jurídica".

Quienes se han impuesto la tarea de analizar el sentido y los alcances de las reglas de trato social para separarlas claramente del derecho, han seguido distintos caminos.

Stammler separa las normas sociales en dos categorías: unas constituyen "prescripciones de voluntad jurrdica" y otras reglas de convivencia humana. Las primeras son las del derecho, las segundas las "reglas convencionales".

La diferencia entre los preceptos jurídicos y el decoro social- reside en el carácter autárquico de la voluntad juridica frente a las normas de trato que son simples "invitaciones".

Cabe observar sobre tal diferencia, que una invitación, que consiste en señalar una conducta que es considera conveniente, pero cuya realización queda librada al arbitrio de las personas, carece de carácter normativo. La forma de imperio y la clase de sanción serian los distintivos de los dos tipos de normas para Recasens Siches. Piensa que "lo esencialmente caracteristico del derecho es la posibilidad de imponer forzosamente, de modo inexorable, irresistible, la ejecución de la conducta debida, o de una conductasucedánea prevista en la norma (o de evitar a todo trance el comportamiento prohibido o de imponer como equivalente otra conducta). La sanción juridica como ejecución forzada de la conducta prescrita -lo cual constituye la forma primaria y normal de la inexorabilidad del derecho- es una nota esencial de lo jurídico; y, por el contrario, la ausencia de esta

forma de sanción consistente en forzar al cumplimiento es lo que caracteriza esencialmente a las reglas de trato social, como diferencia de éstas frente a las juridicas.

Tales diferencias propuestas de modo tajante son discutibles. La falta de imperio en las reglas de trato social las reduciria a "invitaciones" según la terminologia de Stammler. Pero esas normas se imponen también a la conciencia de los hombres y se ejecutan venciendo muchas veces la resistencia del propio sujeto que termina por obedecerlas.

La diferencia derivada de las sanciones que corresponden a los dos sistemas anotados, es discutible; porque existe una presión social, que obliga al cumplimiento de los convencionalismos, y que no puede pasar - inadvertida.

¿Las normas de trato social pueden ser caracterizadas por su unilateralidad, por oposición a la bilateralidad del derecho?
La bilateralldad de los preceptos juridicos consiste en que facultan y obligan a la vez, en su peculiaridad de señalar deberes y otorgar derechos.

¿El trato social impone sólo deberes? ¿Quien es cortés con los demás no debe exigir ortesia de éstos? Las normas que regulan la convivencia humana, que señalan una conducta hacia otros individuos, por su mismo carácter, también son bilaterales. La no exigibilidad de los derechos no significa negación de la bilateralidad.

Tampoco constituye nota diferencial la imprecisión de las sanciones a que se hacen acreedores quienes infringen los

convencionalismos sociales. No se trata de un distingo entre las normas sino entre las consecuencias derivadas de ambas formas de conducta. Además, las sanciones jurídicas no se hallan exentas de imprecisión y, en ciertos casos, el aplicarlas resulta difícil o imposible.

Legaz Lacambra sostiene que no existe diferencia "entre la norma jurídica y la norma de vida social no jurídica, por su estructura y por el sentido de su sanción" .

El citado autor considera que los citados tipos de normas están separados sólo por un "detalle" "todo, lo importante que se quiera, de que las normas de Derecho integran un orden formal de una "comunidad jurídica" (Estado, comunidad, internacional, Iglesia).

Podría suceder que coincidieran en su contenido una costumbre no jurídica y una regla de derecho consuetudinario, pero su diferencia sería ese matiz, que no puede señalarse "a priori" 'constituído "por la normatividad jurídica". de que estarían dotadas las últimas.

Se ha desplazado, de ese modo, la diferencia, del campo de la norma hacia un orden dotado de aquella "normatividad jurídica" que es, precisamente, lo que se desea conocer.

4.- NATURALEZA DE LAS REGLAS DE TRATO SOCIAL

No existe una diferencia tajante y radical entre los usos sociales y el derecho. La vida .los presenta como dos corrientes que

tienden a confundirse. Acierta Radbruch al expresar, por eso, que su distinción más que sistemática es histórica.

El derecho recoge costumbres sociales y las incorpora al orden jurídico ya provisional ya definitivamente. En otros casos, lucha contra ciertas costumbres prohibiéndolas en forma absoluta o aceptando algunas de sus exigencias. ' La huelga, que fue al comienzo una actitud de los trabajadores para defenderse de los abusos de los empleadores, reconocida posteriormente por el Estado, ha quedado incorporada al derecho. La construcción de viviendas en las ciudades, la etiqueta, el luto, los adornos, los acompañamientos, los trajes en ceremonias públicas, etc., han sido reglamentadc¿s, y han sido incorporados al ordenamiento jurídico.

El Código Penal peruano prohibe a la vez que reglamenta el duelo. El artículo 171 señala la pena que deben sufrir quienes se baten a duelo. Sin embargo los artículos 173 y 175, al castigar con pena mayor "a los que se batieren sin asistencia de dos o más pactrinos, mayores de edad y sin que estos elijan las armas y arreglen las demás condiciones" y a los propios padrinos, reconocen algunas prácticas inherentes a esa costumbre.

Las reglas de trato social, como las normas jurídicas, se refieren a la expresión de la conducta humana, son heterónomas y están dotadas de una pretensión de validez.

La diferencia entre ambas formas preceptivas, caracteres, sino en el término de nuestra conducta la inspira.

Mientras la conducta moral tiene como término al mismo sujeto, y la jurídica se caracteriza por su alteridad, las reglas de trato social prescriben actos hacia otro pero tienen como destinatario al mismo sujeto que las cumple. La bondad de una acción atañe a la conciencia de quien la realiza; el reconocimiento de!o que

corresponde en justicia a otro, es en favor de éste; el buen trato a otra persona, se dirige a ella pero constituye una calidad del que lo practica.

El valor propio del derecho es la justicia y de alli su bilateralidad y su exigibilidad. Las reglas de trato social son indicativos de convivencia. No persiguen que se dé a los demás lo suyo, sino que, mediante determinados usos y costumbres, se realice, en la mejor forma, la vida social. Su fundamento no es la justicia, es la sociabilidad.

Solamente cuando estas reglas de sociabilidad son vistas como indispensables para la vida del grupo, cuando se considera que son algo debido a los demás para la mejor realización de sus fines, se transforman en normas de derecho.

CUARTA PARTE

LA NORMA JURIDICA y SUS ELEMENTOS

CAPITULO I
LA NORMA JURIDICA

1.- El tema de la norma jurídica. 2.- Función y estructura de la norma jurídica. 3.- Norma jurídica e imperativo. 4.- Clasificación de las normas jurídicas.

1.- EL TEMA DE lA NORMA JURIDICA

El tema de la norma jurídica es una de las cuestiones centrales de la Ciencia del Derecho.

Derecho y norma se presentan como dos conceptos inseparables:

El Derecho es un sistema de normas y la norma el modo como se concibe y se expresa el Derecho. Por otro lado, las diversas disciplinas jurídicas estudian la estructura, el contenido y el campo de aplicación de las normas. .De aquí se desprende la importancia del problema.

En Derecho el término norma se emplea en tres acepciones cuyo uso indiscriminado puede originar errores: como proposición jurídica, como realidad, esto es, como conducta social, y como debe ser. En su primer sentido, se llama norma jurídica a la

proposición que no norma en si misma sino que describe el modo como es normada la conducta.

Se emplea, en segundo lugar, la palabra norma para referirse con ella a la conducta normada en cuanto se relaciona con lo "debido".

Finalmente, norma indica aquello que debe ser, lo que se considera "recto", "justo".
.Como lo hemos manifestado antes la norma jurídica pertenece a la categoría de los objetos culturales. Constituye una estructura lógica que expresa el debe ser de una conducta dirigida hacia determinado valor o valores. Formalmente, la norma es un juicio que se traduce mediante una proporción; su contenido está formado por los objetos que menciona.

El pensamiento jurídico hasta el siglo XIX reparó únicamente en el contenido de los preceptos descuidando su aspecto formal. . El jusnaturalismo vio en la ley humana o en la ley positiva, la expresión de la ley natural constituída por principios derivados de la naturaleza, ya sea que tuvieran como fuente última la ley eterna, o la innata sociabilidad del hombre.

El racionalismo consideró que la leyes un modo de expresarse de la razón como "luz suprema"; mientras el positivismo la concibió como mandato de la autoridad o manifestación de determinados hechos sociales.

Sólo el neokantismo, al ahondar la separación entre el ser (Sein) y el debe ser (Sollen), trató 4el aspecto formal de las normas.

Mientras las leyes de la 'ñaturalezá' se refieren al orden del ser, lás normaiJ prescriben un debe ser.
En el campo de la investigación jurídica, el penalista Karl Binding, emprendió el primer análisis lógico de importancia sobre la naturaleza de la norma.
Consideró Binding, que el acto delictuoso no infringe la regla legal sino la norma, y:a que 18" primera tiene como finalidad C'Bstigar la violación con la pena o declarar que una conducta es impunible, mientras que la segunda, que es lógicamente anterior y superior a la regla legal, señala la manera cómo debe conducirse el obligado.

En cuanto al destinatario se diferencian también la regla legal y la norma. Una se dirige al Estado, la otra a los súbditos. En lo que se refiere a su finalidad son asimismo diferentes: ésta previene, aqué\'lla reprime. Ambas se, integran, sin embargo, en la proposición jurídica que tiene la forma lógica de un juicio hipotético

La reunión de dos imperativos, uno dirigido al Estado y otro a los súbditos, bajo el supuesto del incumplimiento del primero, es lo que constituye la proposición Jurídica según A. Thon. El primer imperativo es la norma primaria, el segundo la secundaria que persigue el castigo o una satisfacción equivalente: ejecución, indemnización o aseguramiento.
El mérito de Zitelmann consiste en haber
precisado que la proposición jurídica se halla constituída por un juicio hipotético cuyo enlace es un "debe ser".

La proposición jurídica, según Zitelmann, se descompone en dos partes "Si...la primera; "Tú debes...", la segunda. Esta

proposición, que es de carácter lógico, no puede confundirse con el imperativo.

G. Jellinek, avanzó aún más en la investigación de la norma. En su concepto, la doctrina jurídica "tiene como materia aquella norma del debe ser" -que relaciona el pensamiento con la acción- a diferencia de las leyes naturales que describen vínculos de causalidad garantizada por poderes exteriores".

Jellinek atribuye a las normas jurídicas tres caracteres: "se refieren a las relaciones externas y mutuas de los hombres", "proceden de una autoridad exterior reconocida" y en su obligatoriedad "están garantizadas por poderes exteriores".

Del Vecchio, enseña que el Derecho Objetivo está constituído por las normas jurídicas que traducen la exigencia de que se realice o no una acción "determinando de una manera correlativa el modo de portarse de varios sujetos" 7.
La problemática de la norma jurídica, que desarrolla la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, que ha alcanzado tan amplia proyección, .constituye uno de los estudios más cabales sobre este tema.

Mientras las leyes de la naturaleza expresan relaciones de causa a efecto mediante la cópula ser, las leyes jurídicas expresan relaciones imputativas fundadas en la cópula debe ser.

Lo que hace que un suceso sea jurídico o antijurídico -según Kelsen- "no es su ser" natural, esto es su "ser" causal mente determinado y contenido en el sistema de la Naturaleza, sino el sentido objetivo que está ligado a ese acto, la significación que

tiene". Lo que hace que tal suceso reciba significación jurídica, es una norma. "Pues el Derecho, único objeto de conocimiento jurídico, es norma; pero la norma es una categoría que no encuentra aplicación alguna en el dominio de la Naturaleza". La norma es una "realidad espiritual", un objeto ideal.

La norma jurídica tiene la forma de "juicio hipotético que expresa en' enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada. Si la ley natural -explica el autor de la Teoría Pura del Derecho- dice: si A es, tiene que ser B; dice la norma jurídica: Si A es, debe ser B.

El enlace entre los dos elementos de la norma jurídica -la condición y la consecuencia-no expresa valoración alguna; y así como la forma de enlace entre los constitutivos de la ley natural es la causalidad, entre los de la norma es lo que Kelsen denomina "imputación".

"Así como el efecto es atribuído a su causa -expresa el autor comentado- la consecuencia jurídica lo es a la condición jurídica; pero aquella no puede ser considerada como causal mente producida por ésta. La consecuencia jurídica (o antijurídica) es imputada a la condición jurídica". Así la referencia de la pena al delito, de la ejecución del deudor al incumplimiento de una obligación, de la indemnización al perjuicio, no tienen significado causal sino "normativo".

. Kelsen ctrisidéra que el Derecho es la regulación coactiva del comportamiento humano. Persigue provocar determinada conducta mediante la amenaza contenida en las normas jurídicas, de aplicarse medidas coactivas a quienes observen el

comportamiento contrario. Es que la consecuencia que dentro de la norma jurídica se enlaza a la condición "es el acto coactivo estatal, esto es, la pena y la ejecución coactiva civil o administrativa y, solamente por eso, la situación de hecho condicionante, es calificada como lo antijurídico y la condicionada, como consecuencia de lo antijurídico" H. Kelsen llamó "norma primaria" a la que prescribe una consecuencia coactiva para la conducta antijurídiea; y norma secundaria a la que "estatuye la conducta que evita la coacción". Existe, según la Teoría Pura del Derecho, una "gradación del orden jurídico", dentro de la cual las normas de rango inferior se hallan subordinadas a las superiores. Si se toma como punto de partida en el derecho positivo, la constitución como norma fundamental, la siguen, sucesivamente, las normas generales producidas por el procedimiento legislativo, las ordenanzas legislativas, los actos de jurisdicción y los Negocios Jurídicos.

En una segunda etapa de su obra, el autor de la Teoría Pura del Derecho, ha establecido el distingo entre normas y "reglas de derecho". Las f"reglás de derecho" "son juicios por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho, que no deben ser confundidos con las normas qu elaboran los encargados de legislar. Es preferible no dar a aquellas el nombre de normas sino de reglas jurídicas. Las normas formuladas por los órganos de legislativos son prescriptivas: las reglas de derecho que la ciencia jurídica establece, son puramente descriptivas".

Toda proposición normativa presupone, según Husserl, un cierto género de evaluación (de aprobación, de apreciación) gracias a la cual se forma el concepto de una cosa "buena" (de un valor), en el sentido definido de la palabra o, según los casos, de una

cosa" "mala" (de un no-valor) con relación a cierta clase de objetos que, de acuerdo con tal evaluación se dividen en objetos buenos y en objetos malos" .

Cada dominio normativo se refiere a un valor supremo que corresponde a una "norma fundamental" de acuerdo con la que debe realizarse toda normalización.
Para la Teoría Egológica del Derecho, elaborada por el jusfilósofo argentino Carlos Cossío, "el objeto del conocimiento jur!dico es la conducta humana considerada en su interferencia intersubjetiva".

Parte Cossío de la crítica del pensamiento kelseniano cuyos temas "son temas de pura y simple lógica; sólo que no de la lógica del ser, sino de una lógica del debe ser" que tienen como objeto central de investigación a la norma y sólo a ella.

Considerando el debe ser en tanto que categoría "lógico trascendental" sostiene Cossío que las normas "no son el objeto del conocimiento en un conocimiento de relaciones causales, sino el instrumento del conocimiento conceptual que nos da la Dogmática. No se conoce a las normas, sino que se conoce con normas a la conducta como conducta".

En tanto estructura del pensamiento, la norma es un juicio imputativo en el cual la cópula "debe ser" relaciona una condición con una consecuencia. En tanto que conocimiento la norma es un concepto ó significación.
Las normas dan al jurista el conocimiento de la conducta en su debe ser, es decir, "de la conducta en su libertad".

Pero como la conducta no sólo es objeto sino sujeto, en ella está el mismo pensamiento que expresa la norma, de tal suerte que esta última "queda integrando el objeto del que ella hace mención" .
Cossío considera que corresponde a la intersubjetividad del Derecho la estructura -no hipotética sino disyuntiva- del juicio normativo a cuyos extremos denomina endonorma: dado un hecho con su determinación temporal (1) debe ser (2) la prestación (3) por alguien obligado (4) frente a alguien (5); y perinorma: (6) si es la no prestación (7) debe ser (2) la sanción (8) a cargo de un órgano obligado (9) por la pretensión de la comunidad (10).

García Maynez, considera que las normas jurídicas son "juicios hipotéticos que hacen' depender de la realización de sus supuestos determinadas consecuencias de derecho facultades y deberes" en tanto que las proposiciones son sus modos verbales.

Según este eminente jusfilósofo, cabe distinguir hasta cuatro planos con relación a las estructuras del pensamiento expresadas por las proposiciones normativas: el de las proposiciones; el de las normas (en el que deben distinguirse las formas de expresiones, las normas y los juicios expresados por ella) el de los contenidos objetivos (hechos condictonantes y consecuencias) y el de la conducta (cumplimiento en el caso de los deberes y ejercicio en el caso de los derec;:hos).
A diferencia de los hechos jurídicos, en' el plano normativo "las consecuencias están en todo caso referidas a la actividad del hombre.

Pero es necesario percatarse que la disposición no dice cómo, de hecho proceden las' personas, sino como pueden o deben lícitamente hacerlo. Uno es el plano de la regu'ación jurídica de la conducta; otro, el del comportamiento jurídicamente regulado".

Los preceptos jurídicos como reglas de conducta, no imputan un hecho a otro hecho, sino que se refieren a dicha conducta "como condicionante de deberes o derechos, y como objeto de esos deberes y derechos, ya, por último, como ejercicio o no ejercicio de derechos o como cumplimiento o incumplimiento de obligaciones".

Entre los elementos de la norma, el concepto sujeto designa a la persona objeto de la imputación y de la regulación legal; el predicado se refiere a lo que la persona objeto de la r.egulación puede hacer u omitir, o a lo que el facultado puede lícitamente hacer o dejar de hacer, y la cópula que desempeña una dobe función; "una es la de referencia, por la cual las consecuencias normativas son enlazadas a los sujetos cuya conducta regula: otra es la imperativo, atributiva, que consiste en imputar al obligado y al pretensor los deberes y derechos a que da origen la realización del hecho condicionante".

En la regulación del comportamiento que tiene naturaleza jurídica porque obliga y faculta a la vez, el juicio que' impone el deber no se confunde con el que atribuye el derecho. El primero podría llamarse explícito y el segundo implícito.

EfIl consecuencia, según esta tesis, la regulación jurídica es una conexión de juicios, uno imperativo y el otro atributivo,

interdepéndientes o recíprocamente fundados, por cuya razón la cópula en la norma jurídica no se agota en un mero "debe ser" sino que imputa a los sujetos consecuencias en referencia correlativa, como exigencias de que el obligado se comporte en la forma prescrita o como autorización concedida al pretensor.

Desde el punto de vista de la lógica relacional, señala García Maynez, que las normas son juicios de relación compuestos por predicado y sujeto como términos de la relación, y un concepto relacional que expresa el vínculo que se da entre los anteriores.

La llamada "Lógica Deóntica" fundada en 1951 por el lógico finlandés G. Henrik von Wright con su trabajo "Essay 'in Modal Logic", al que han seguido, entre otros, "Lógica Deóntica", "Norma y Acción", antecedidos por los estudiosos de E. Mally (Grundgesetze des Sollens. Elements der Logik des Willens), Karl Menger (Moral Wille und Weltsgestalttung), Jorgen Jorgrens (Imperatives and Logik), y otros, ha extendido notablemente el campo de investigación sobre las normas.

La lógica deóntica es, según la tesis de Van Wright, la segunda rama de la lógica modal, pero desde el punto de vista de las relaciones que pueden darse entre ambas, se distinguen, según Kalinowski cuatro tipos de lógica deóntica: lógica deóntica independiente, análoga, parte y extensión y modificación de la modal.
El problema de la posibilidad de una lógica de las normas está vinculado a la cuestión de si es posible o no que la lógica se ocupe de enunciados carentes de valor lógico (verdad o falsedad).

Distingue Von Wright tres grandes grupos de normas: las reglas (como las reglas de juego), las prescripciones (los mandatos, los permisos y las prohibiciones entre las que están las leyes del Estado) y las directrices (normas técnicas). Añade a dichos grupos tres grupos menores: las costumbres, los principios morales y las reglas ideales.

Toda normal prescripción comporta seis componentes: el carácter, el contenido y la condición de aplicación, la autoridad, el sujeto y las circunstancias, de los cuales los tres primeros constituyen el "nudo", ya que los otros son propios so~o de las prescripciones que comportan promulgación y sanción.

Ahora bien, la cuestión central es la de la posibilidad de atribuir a las normas los valores verdadero y falso. "Se persiste, expresa Kalinowski, sin embargo, con frecuencia, en afirmar que las fórmulas normativas aunque tengan un sentido no poseen, como las normas de las cuales son signos lingüísticos, los valores lógicos de verdad y falsedad. Tal es precisamente la posición actual de von Wright, uno de los principales fundadores de la lógica deóntica contemporánea, que rehusa discutir en "Norma y Acción" la cuestión de saber si la norma es la significaión de la fórmula normativa porque la investigación de la respuesta lo habría oblígado a. abordar problemas filosóficos y seniánticos que sobrepasan los límites asignados a su obra".

2.- FUNCION y ESTRUCTURA

El Derecho, como lo hemos expresado, está constituído por tres e!ementos: la conducta social del hombre, las normas que la

regulan y los valores hacia las cuales la orientan o dirigen. De aquí que las normas solas no agoten el contenido de aquél.

La acción humana "que después de haber sido vivida o pensada por los sujetos que la produjeron, señala Recasens Siches, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan" apoyada por el poder del Estado O de la sociedad, se convierte en norma jurídica.

La norma jurídica en tanto que objeto cultural: "es vida humana objetivada" o, más concretamente, expresa el citado autor, "un pedazo de vida humana objetivada"

La norma es un juicio lógico, que como tal, se expresa mediante una fórmula verbal, la proposición; se refiere a objetos, que constituyen su contenido; y además, dada su índole especial, apunta hacia valores.

La función de la norma consiste en prescribir cierta conducta como debida, que cierta conducta debe ser. Esto no significa que aquella tenga necesariamente que ser, puesto que depende del arbitrio humano.

Como mención de la conducta, las normas no se confunden con ésta, del mismo modo que el juicio no se identifica con la relación objetiva a que se refiere.

Kelsen, dentro de su posición logicista, atribuye a la norma el papel de "esquema de interpretación" que confiere "a ciertos hechos el carácter de actos jurídicos (o anti-jurídicos) Y que, a su vez, son producidos por actos jurídicos semejantes". Por su

parte, Cossío afirma que no se conoce a las normas sino que se conoce' a la conducta "con normas". Pero dicho punto de vista, anota G'arcía Maynez, es comparable con el de quien sostuviera que "como las leyes astronómicas se refieren a los astos, la astronomía no tiene por objeto el conocimiento de esas leyes, sino un conjunto de astros" .

En realidad, las normas como objetos lógicos mencionan una conducta, a la vez que la prescriben, dado su carácter imputativo expresado por la cópula "debe ser".

Desde el punto de vista formal la norma es un juicio hipotético cuya fórmula es "Dado A debe ser B".

En dicho juicio se enlazan dos elementos mediante la cópula "debe ser". El primero de tales elementos es una hipótesis, supuesto o condición; el segundo, una consecuencia.

La hipótesis (Dado A...) menciona un hecho, mientras que la consecuencia (. . . B) es de derecho. La norma indica, que realizado tal hecho debe ser una determinada consecuencia de derecho.

Se ha negado, sin embargo, a la norma jurídica el carácter formal de juicio.

La crítica parte de la noción tradicional de la referida forma del pensamiento. Dicha operación lógica, significa, no una imposición que violente la naturaleza del objeto sujeto, sino todo lo contrario, sometimiento a éste. Tal es, precisamente, con

frase de Pfander: la coordinación de la determinación predicada al objeto sujeto, coincide con una exigencia del objeto mismo.

A base de la referida concepción, se considera que la norma jurídica no es juicio sino "disposición". Se entiende por tal, una forma del pensamiento que se distingue del juicio por el nexo. Mientras en éste es "ser" en aquélla es "debe ser" que se presenta como algo indefinible.

Este nexo, el debe ser, no sólo constituye elemento diferencial en sí mismo, sino que influye sobre los otros elementos y sobre el correlato objetivo del pensamiento.

Según dicho punto de vista, mientras el juicio puede tener como sujeto cualquier concepto, su cópula es el verbo ser, el predicado puede sar- asi.mismo cualquier objeto, y la operación judicativa se refiere a la rearidad mentando la verdad o falsedad de los objetos; en cambio, en la "disposición" el sujeto solo puede ser el hombre, la cópula un "debe ser", el predicado la conducta, y la referencia que no se dirige a la realidad, no puede ser verdadera ni falsa, sino vigente, justa o injusta".

Es muy claro el origen del error en esta tesis: se refiere a la disposición considerada como mandato, esto es, en el plano psicológico, pero no al juicio con el que pensamos esa disposición que es precisamente la norma.

Apartándose de la doctrina de la norma como juicio, con similares argumentos, A. Reinach sostiene que es una "determinación" y W. Golschmidt "un pencamiento directo". Por su parte Karl Olivecrona 42 llama a las normas "imperativos

independientes" que asocian un "tener que" a un "debe ser" merced a las diversas situaciones de motivación personal de los hombres y no a ninguna "cualidad misteriosa del modelo mismo". La escuela sociológica norteamericana, por fin, ve en las normas medios para razonar en la praxis judicial ante los tribunales.

Las tesis anotadas han eludido el problema lógico y el axiológico, para considerar lo normativo en el plano sociológico, psicológico o gramatical.

La norma como juicio hipotético, señala en su primera parte la condición necesaria para la aplicación de la regla de derecho, y en la segunda, la regla misma.
La hipótesis normativa puede revestir dos formas: casuística y abstracta. La primera illdica de manera precisa las circunstancias para la aplicación de la regla. La abstracta contiene sólo un enunciado general. Mientras las hipótesis casuísticas son siempre incompletas por la imposibilidad de señalar todos los casos, las otras son imprecisas.

Las hipótesis pueden ser también determinadas, si señalan las condiciones de su aplicación; relativamente determinadas, si las someten a otras, e indeterminadas si no las señalan.

Esta última clasificación vale también para la regla de derecho o disposición, que se denomina determinada cuando fija sus alcances con precisión; relativamente determinada si señala ciertos límites o una alternativa en la aplicación del derecho, e indeterminada si deja librada a la autoridad la dación de la regla misma.

Los elementos lógicos de la norma -hipótesis y disposición- no deben confudirse con los conceptos que encierra, que, a su vez, mientan objetos.

La norma jurídica indica que dado un supuesto, es decir, realizado un hecho, se produce una consecuencia jurídica, en virtud -de la cual, un sujeto debe observar determinada conducta, referida a un objeto, hacia otro sujeto, y que si no cumple debe recaer sobre aquél una sanción.

3.- NORMA JURIDICA E IMPERATIVO

La imposición de una conducta que se efectúa a través de las normas ha llevado a considerarlas como imperativos.

La regla de derecho que tiene por objeto la composición de los diferendos que surgen entre los hombres -nos dice Carnelutti- es impuesta mediante un mandato que consiste en "un acto de voluntad dirigido a determinar la conducta de otro en vista a la composición de un confliéto de intereses mediante la amenaza de un mal para el caso de desobediencia".

El examen del acto imperativo, llámese orden o mandato, nos lleva a admitir con Kesen, el más serio opositor del imperativismo, que el mandato existe únicamente "cuando un individuo particular emite y expresa un acto de voluntad. En el sentido propio de la palabra, la existencia de un mandato presupone dos elementos: un acto de voluntad que tiene por objeto la conducta de otra persona, y la expresión del mismo por

medio de palabras, gestos u otros signos. Un mandato subsiste sólo en tanto que perdura la existencia de estos dos elementos.

Si alguien me manda algo y antes de ejecutar lo ordenado tengo la evidencia de que ya no existe más el acto de voluntad subyacente -la evidencia puede provenir del fallecimiento del individuo que dio la orden- entonces no estoy realmente en presencia de ningún mandato, aunque subsiste la expresión del mandato, como ocurre, por ejemplo, si el mandato está escrito".
Si se analiza el mecanismo psicológico de la operación, cabe destacar cuatro elementos: el sujeto que da la orden; la orden misma como expresión de un sentido imperativo; el sujeto que la recibe y su obediencia o desobediencia.

De aquí se desprenden las objeciones contra la teoría imperativista.

Si el imperativo tuviera la naturaleza de un acto volitivo, sería imposible obligar a los otros porque se puede querer la propia conduta pero no la conducta ajena.
Además, no puede saberse quién es el sujeto del querer en una ley dictada por un Parlamento, por ejemplo.

Por otra parte, el mandato exige la permanencia de la voluntad que ordena. Si esto es así, no se puede explicar cómo siguen obligando las leyes dictadas en el pasado o cómo pueden obligar las actuales a las generaciones venideras.

También, dentro de esta teoría, carece en lo absoluto de valor y de sentido, el principio jurídico de la ignorancia de la ley que no

justifica su incumplimiento. Esto significaría la absurda obediencia a órdenes que no han sido recibidas.
En fin, el derecho consuetudinario estaría constituído por un conjunto de órdenes que nadie ha dado pero que deben ser acatadas.

El imperativo que es una intimación dirigida a un hombre o a oba persona, no corresponde a la norma que es una regla de conducta que establece una obligación o una permisión de hacer y/o de no hacer, mientras que el imperativo es un juicio que pena o prohibe, pero jamás un juicio que permite.

, La norma como objeto cultural expresa un "debe ser" de una tendencia, semejante al deber ser ideal, y de allí deriva su carácter propio.
Esto quiere decir que el "no debe ser" de esa tendencia -lo que en ella aún no existe- es lo que debe realizarse para alcanzar un debe ser, tal como indica la norma.

Es que la norma se impone como tal "porque se refiere a una valoración general básica y al contenido de la correspondiente pareja de predicados de valor determinados por esta valoración" y "expresa las condiciones necesarias y suficientes o ambas a la vez para la posesión de uno de esos prediéados".

El mandato no otorga ala norma éI.sí concebida;'una-propiedad que no posee, gracias a la cual pueda imponerse a la conducta mediante la transferencia del acto psíquico da ordenar de una persona hacia otra. Significa únicamente el medio necesario para que el ser de la tendencia alcance el debe ser que le señala la norma.

4.- CLASIFICACION

Muchos son los criterios empleados por el Derecho para clasificar las normas jurídicas.
Por su origen, las normas se dividen en legislativas, consuetudinarias y jurisprudenciales.
Las normas legislativas o leyes en sAntido general, provienen de determinados órganos del Estado y en su dación se observa un procedimiento preestablecido. Las normas consuetudinarias, que constituyen la costumbre jurídica, son prácticas sociales de observancia obligatoria en orden a la realización de los valores del derecho.
Las normas jurispn.idenciales son las resoluciones de los tribunales, que en mérito de los requisitos que llenan, deben ser observadas por los mismos y por sus inferiores.

- Desde el punto de vista de su jerarquía las normas se ordenan del siguiente modo: constitucionales, ordinarias, reglamentarias'e individuales.

El orden jurídico está constituído por preceptos subordinados unos a otros que forman una verdadera pirámide, según la conocida imagen kelseníana. Cada norma se halla subordinada a la superior inmediata y es subordinante de la inferior; con relación a su subordinante es una forma de aplicación de ella; con relación a su subordinada, le señala sus límites y define su proceso de creación.
La norma fundamental, subordinante de todas las demás, es la constitucional; están subordinadas a ella, las normas ordinarias,

a éstas las reglamentarias y, finalmente, ocupan el grado inferior las individuales.

La doctrina ha discutido con interés el problema de las normas, de este último tipo. Si constituye carácter de la norma su generalidad, no puede hablarse en rigor, de las normas que no tengan ese carácter.

En el orden de la ley, se ha distinguido la ley en sentido material de la ley en sentido formal. La primera es ley porque reúne todos los requisitos, incluso el de generalidad; la segunda se denomina tal, sólo porque ha sido dictada por el poder competente, pudiéndose referir a casos individuales.

Pero el problema no se refiere a situaciones de hecho sino a la justificación de las normas individualizadas. Si se admite que la norma general es un género y, como tal, contiene diversas especies, la norma individual, mediante un acto de valoración, elige y da validez a una de esas especies.

En cuanto a su contenido, las normas son de derecho público y de derecho privado, y su distinción se basa en el criterio que se admita para separar estos dos campos del Derecho. Son normas de Derecho Público las que rigen las relaciones internacionales, poUticas, penales, procesales, administrativas, municipales, etc., y de Derecho Privado las del Derecho Civil, Mercantil, etc.

Si se toma en cuenta la relación de las normas con la voluntad de las personas, cabe separar las taxativas de la~ dispositivas. Se llama norma taxatitva a la que ordena sin tomar en cuenta la

voluntad de las partes. Las dispositivas funcionan sólo cuando no se manifiesta o no es clara esa voluntad.
A su vez, las normas disposi'tivas se dividen en interpretativas y supletivas, si aclaran lo que han querido las personas o se ap:ican a falta de voluntad expresa de ellas.

En función de las sanciones, las normas pueden ser perfectas, plus quam perfectae, minus quam perfectae e imperfectae.

Las normas son perfectas cuando la consecuencia jurídica que deriva de su infracción es la nulidad del acto violatorio realizado. Las normas son plus quan perfectae cuando la sanción que señalan es de castigo e indemnización, o alguna de ellas, y privan de efectds al acto trasgresor. Las minus quam perfectas no enervan los resulttados del acto que las incump!e pero señalan otro tipo de sanciones. Las normas imperfectas están desprovistas de ellas.

Las normas ordinarias han sido separadas en dos grupos: de organización y de comportamiento; éstas fijan los preceptos a los que debe sujetarse la conducta de las personas.

Es interesante la clasificación histórica de las normas (leyes) formulada por el jurista romano Modestino, contenida en el Digesto (1, 3, par. 7) "Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire". Las leyes tienen como virtud mandar, prohibir, permitir y castigar y de allí que se dividan en imperativas prohibitivas, permisivas y punitorias.

La norma imperativa ordena determinada conducta. La prohibitiva la impide. Las permisivas "señalan una esfera de

libertad para la actividad de un sujeto". Las punitorias indican las sanciones que corresponde a los infractores de una norma.
Se ha discutido mucho sobre la existencia de las norméls permisivas propiamente dichas, dada la esencia imperativa del derecho.

La norma permisiva, no tiene razón de ser porque el permiso no reqlJiere ser expresamente declarado por el Derecho, puesto que es lícité todo lo que no está prohibido.
El permiso carece de valor "por sí mismo" y existe, como lo indica Del Vecchio, cuando se señala una obligación a una parte y se faculta a la otra para que pueda exigirla o se limita los alcances de una prohibición general, de la que se exime a cierta clase de personas, Dicha figura "se halla siempre en relación con un mandato o una prohibición anterior y más general. La afirmación del permiso no es algo independiente por sí, sino que tiene un significado jurídico sólo cuando limita o define de algún modo, mediante una excepción determinada, una obligación, un mandato, o una prohibición preexistente" 51.

CAPITULO II

EL SUPUESTO JURIDICO y LA CONSECUENCIA DE DERECHO

1.- Concepto de supuesto jurídico. 2.- Clasificación de los supuestos jurídicos: ,3.- El supuesto jurídico y la consecuencia de derecho: la causalidad jurídica.

1.- CONCEPTO DE SUPUESTO JURIDICO

La hipótesis de la norma jurídica expresa un hecho de cuya realización depende la consecuencia de derecho. Ese hecho, constituye el supuesto jurídico la conducta humana, los hechos de la naturaleza, y hasta el mismo derecho, pueden realizar la función de supuestos jurídicos. "Por ejemplo, el cambio del curso de un río en relación con el derecho al terreno ganado por la heredad contigua; los frutos producidos por las plantas, las crias de los animales, el derrumbe de un edificio, todos estos hechos dan por resultado el nacimiento de derechos y deberes correlativos. También la sola declaración de voluntad puede fungir como supuesto para el nacimiento de consecuencias segun se ve en el caso de los contratos y demás actos jurídicos". El derecho subjetivo, como lo anota García Maynez, puede desempeñar "el doble papel de consecuencia y supuesto en diferentes relaciones", tal es el caso del derecho al nombre o del derecho de propiedad, por ejemplo.

Debe tenerse en cuenta que no todo hecho considerado en sí mismo tiene el carácter de supuesto de derecho. Para que lo sea es necesario que el predi~ado normativo le atribuya una consecuencia jurídica. Así, por ejemplo, el escribir una carta o el pasearse, por sí solos, no son hipótesis normativas.

La primera se refiere a los supuestos simples y a los complejos. Los unos están constituídos por un solo hecho condicionante de la consecuencia; ejemplo: la pos~sión, un hecho ilícito, ate. Los otros constan de dos o más elementos; tal es el caso de la hipoteca, la prenda, etc.

Schreier, bajo la inspiración contenida en la definición de Tuhr, clasifica los supuestos jurídicos en independientes y dependientes. "Si el hecho jurídico, escribe, es un supuesto y, por ende, la condición necesaria y suficiente de la consecuencia de derecho, en él pueden hallarse comprendidas diversas condiciones insuficientes por sí mismas, cuyo número no se encuentra en modo alguno ilimitado. A éstas les damosla designación de hechos jurídicos dependientes o parciales, en contraposición al hecho jurídico independiente o total".

Este último supuesto no debe confundirse con lo que se denomina conjunto. En el primer caso, los hechos jurídicos aislados se unifican dentro de una relación íntima; en el segundo, los hechos aislados no se reúnen en una unidad superior, sino que forman una simple suma, por cuya razón las consecuencias no son sino la adición de sus efectos.

Los hechos que constituyen el supuesto pueden estar enlazados de tal manera que se produzca entre ellos una dependencia absoluta o una dependencia relativa.
En su estudio sobre el supuesto, Schreier califica como hechos dependientes a los ligados a otros dentro de un hecho jurídico total, y que, por tanto, no engendran por sí solos una consecuencia. Se asemejan, dice, citando a Lotmar, "a los verbos auxiliares del lenguaje cuya función consiste en permitir la de los otros verbos" 6.
Los supuestos relativamente dependientes producen por sí a! gunas consecuencias de derecho, y, otras, cuando se hallan vinculados a otros supuestos que se unen a ellos. Los absolutamente dependientes no originan resultados por sí solos.

Ejemplo del primer caso es la prenda; del segundo la mora. La prenda da lugar a consecuencias aun sin contrato de prenda. La mora por sí misma -sin una obligación incumplida- nada significa.

Se ha observado por su falta de lógica, la clasificación de los supuestos en absoluta y relativamente dependientes. Apenas puede concebirse la existencia de supuestos absolutamente dependientes, ya que un hecho "incapaz de producir por sí solo consecuencias jurídicas no puede ser definido como supuesto jurídico".

Los hechos jurídicos que constituyen los supuestos, pueden fusionarse unilateral Y recíprocamente.

La fusión es unilateral cuando la unión es de tal naturaleza que la consecuencia jurídica puede producirse sin que uno de los supuestos (el fundado) se realice. La mora, por ejemplo, no es uÍlhecho necesario para que se cumpla una prestación.
La fusión es recíproca cuando "la legalidad relativa es reversible", cuando cada supuesto es fundado y fundante a la vez, de tal manera que, en caso de no producirse uno de ellos, no nace la consecuencia de derecho. Entre los requisitos de una demanda, entre los de un testamento, la fusión es recíproca.
Los supuestos jurídicos pueden ser entre sí compatibles e incompatibles. Los primeros se fusionan en un todo superior que produce consecuencias distintas a las que aisladamente corersponden a las partes; los segundos aniquilan sus resultados mutuamente.

La incompatibilidad reviste dos formas; es absoluta o relativa.

Los supuestos absolutamente incompatibles, si se encuentran se destruyen entre sí: la acción y su renuncia; el proceso y el desistimento; un mandato y su revocación; el matrimonio y el divorcio. Los supuestos relativamente incompatibles, pueden existir por sí mismos o bajo la dependencia de otros, pero tienen una incompatibilidad frente a ciertos hechos, de tal suerte que cuando concurren con éstos anulan sus resultados. Tal es el caso de la sentencia, por ejemplo, que origina derechos pero que extingue la acción; de la transacción, que pone término a un litigio pero que crea facultades y obligaciones, etc.
En relación con el tiempo, los supuestos de derecho pueden asumir tres formas: invertibles, antecedentes y consecuentes.

En los supuestos invertibles el orden de la realización de los hechos es indiferente. Tal es el caso de una hipoteca sobre un bien que rpuede ser anterior a la venta o simulánea. Los hechos antecedentes deben' ser necesariamente previos a otros; y los consecuentes deben seguirlos. Ejemplos: una demanda para que se produzca una sentencia; un testamento o una declaración de heredero para que exista herencia.

La organización temporal de los supuestos jurídicos puede asumir una forma compleja. En algunos casos pueden ser invertibles en cuanto a su orden, pueden ser antecedentes o subsecuentes de otros, o pueden disponerse sucesivamente. Schreier, cuyo análisis seguimos, propone como ejemplo de la última hipótesis, la adquisición de una propiedad, que ésta sea atacada y que el propietario interponga la acción correspondiente. Se trata de hechos que deben disponerse en el tiempo de ese modo, porque, si así no fuera, se produciría una

situación absurda. "Si se cambiase el orden de colocación no habría ningún hecho jurídico, lo que ocurriría por ejemplo, si el propietario presentase una demanda antes del ataque de su propiedad; si se quejase del ataque a su propiedad antes de la adquisición del derecho respectivo, o si adquiriese la propiedad antes de presentada la demanda. En cualquiera de estas hipótesis, la demanda tendría que ser rechazada".

Al referirse a los supuestos de derecho, bajo el nombre de títulos jurídicos, Invrea toma como criterio su eficacia que puede consistir en la creación de deberes y facultades (constitutiva) en la modificación de los mismos (modificativa) y en su extinción (resolutoria).

En cuanto al tiempo, la eficacia puede ser inmediata o puede lograrse sólo cuando se realice un suceso futuro y entonces es diferida. Si el suceso futuro fuera cierto, la consecuencia se halla sujeta a término; si es incierto, a condición.
Si el nacimiento o la modificación de la consecuencia de derecho depende del término, éste se llama suspensivo; si al llegar el término desaparece la consecuencia, se le denomina extintivo. Bajo el mismo criterio, las condiciones son suspensivas, modificatorias y resolutorias, si dan nacimiento, determinan la variación o destruyen- una relación jurídica.

Carnelutti, ofrece en su "Sistema de Derecho Procesal Civil" un amplio cuadro clasificativo de los hechos jurídicos.

El referido autor considera que en la regla jurídica se enlaza una hipótesis a un hecho determinante de un efecto jurídico.

Esta propiedad ínsita en los hechos, que es la producción de efectos, es segúnCarnelutti, su eficacia, de la que deriva la clasificación de aquéllos. De aquí qUe la división de los supuestos obedezca a dos formas: unos que provienen de la naturaleza, son, por tanto, naturales o causales; otros provienen del hombre, de su voluntad, por cuya razón son humanos o voluntarios y que, como tales, reciben la denominación genérica de actos.

Los actos pueden ser analizados según su función y según su estructura.

Si se toma en cuenta la función de los actos, pueden ser actos lícitos, actos jurídicos stricto sensu e ilícitos, según haya relación de "indiferencia, coincidencia o pugna entre la finalidad práctica y del efecto jurídico de acto". El escribir un libro, de donde nace el derecho del autor, es un acto lícito, ya que la finalidad práctica de tal acto no es ese efecto; el comprar el papel para escribir el libro -en que coinciden la finalidad práctica y el efecto jurídico- es un acto jurídico stricto sensu; robar el papel para escribir el libro, que ocasione un efecto contrario al perseguido (restitución, pena) es un acto ilícito.

Los actos jurídicos en sentido estricto, a los que Carne!utti llama actos jurídicos esenciales, se dividen en proveimientos, que significan el ejercicio de un poder; negocios jurídicos el de un derecho subjetivo; y actos debidos si se refieren al cumplimiento de una obligación.

De acuerdo con su estructura, los actos jurídicos pueden ser simples y complejos. En el primer caso el efecto jurídico nace de

un solo acto; en el segundo, de varios. Los actos complejos pueden provenir de una sola persona o de la acción de varias, en cuyo caso se denominan pluripersonales o concursales, los que, a su vez, pueden representar intereses coincidentes o en pugna y son unilaterales o pluralistas a cuyo grupo pertenecen los contratos.
La eficacia de los actos jurídicos puede ser principal si crea o destruye determinadas consecuencias (actos constitutivos y extintivos) y secundaria cuando paraliza o modifica la vida de un hecho (condiciones impeditivas o modificativas).

3.- EL SUPUESTO JURIDICO y LA CONSECUENCIA DE DERECHO: LA CAUSALIDAD JURIDICA

Entre la hipótesis normativa (Dado A) y la disposición (... B), ligadas por un "debe ser" existe una relación "sui géneris" de caulsalidad, que no es del mismo tipo que la causalidad natural, y que ha sido denominada "causalidad jurídica".
Schreier ha tenido el mérito de llegar a una formulación concre ta del principio de causalidad jurídica, con el siguiente esquema: "No hay consecuencia de derecho sin supuesto jurídico".

De dicho principio se desprenden dos corolarios: no se produce "ninguna modificación en la consecuencia jurídica, sin la correspondiente modificaCión en el supuesto jurídico" y "toda transformación en el supuesto jurídico produce una transformación en la consecuencia jurídica".

El enunciado general del principio es indiscutible porque sin un supuesto jurídico no puede producirse una consecuencia de la misma naturaleza.

Pero cabe analizar el citado principio y compararlo con el de la causalidad natural. En primer término, la existencia del supuesto jurídico no es necesaria, sino contingente. En segundo lugar, si se admite que se realiza un supuesto, el nacimiento de la consecuencia es necesario. Finalmente, entre la consecuencia enunciada y su cumplimiento efectivo, existe una reación de contingencia.

Los corolarios del principio de causalidad jurídica han sido largamente discutidos. Si el hecho que se halla contenido en el supuesto considerado en sí, no es la causa de la disposición, el mismo hecho puede originar diversas consecuencias, o diversos hechos pueden dar lugar a la misma consecuencia. Ejemplo: un delito puede ser sancionado con diversas penas; diversos delitos con la misma pena.

También cabe observar que no es siempre exacto que la transformación de la consecuencia dependa de la del supuesto solo.

CAPITULO III

EL SUJETO DE DERECHO

1.- Noción de sujeto de derecho. 2.- La persona humana desde el punto de vista del derecho. 3.- Las personas jurídicas.

1.- NOCION DE SUJETO DE DERECHO

La norma jurrdica expresa una relación entre dos sujetos que se denominan sujetos de derecho.
Uno de -los sujetos es el titular del derecho; sobre el otro, recae el deber. Al primero se le llama sujeto derecho-habiente o creditor; al segundo. sujeto obligado o debitar.
El sujeto de derecho como elemento de la norma no es un ente real sino un concepto cuyas notas le son atriburdas por el orden jurídico. Dada la bilateralidad del derecho, no se da sujeto derecho habiente sin sujeto obligado y viceversa. Ambos términos son correlativos.

En algunos casos, el sujeto creditor lo es también de deberes hacia el otro sujeto o este último puede ser titular de facultades hacia el primero. Esta circunstancia no aminora, sino que acentúa el citado carácter de término de una relación.
La norma jurrdica, por regla general, determina sus sujetos. En algunos casos la individualización del sujeto corresponde a una operación lógica posterior. Se trata entonces de sujetos determinables.

De lo expuesto se desprende que la existencia de la relación jurídica exige siempre los términos que ella misma enlaza y que no es posibte que se den "derechos sin sujetos". El derecho puede trasmitirse de una persona a otra, pero siempre es necesario que sean sujetos. Tampoco cabe pensar -en el orden jurrdico- en un solo sujeto como titular de derechos que no pueda ejercitar hacia otros u otros y ni en otro que sea simplemente el obligado por deberes sin que exista el titular del derecho en cuyo caso se tratarra de deberes morales.

Las consideraciones anteriores justificarran el empleo de la denominación "sujetos de derecho" en vez de "sujeto de derecho".

El correlato objetivo del concepto sujeto de derecho es la persona considerada desde el punto de vista jurídico. Para decirlo con otro giro: lo que en el orden del pensamiento constituye el objeto formal, sujeto de derecho, tiene como objeto material a la persona en cuanto es vista por aquél.
Pueden ser sujetos de derecho las personas individuales y las "personas colectivas". Se trata en el primer caso de sujetos individuales, en el segundo de sujetos colectivos.
Es sujeto individual el hombre considerado como persona. Son sujetos colectivos determinadas agrupaciones de personas a las que el derecho atribuye ese carácter.
Los sujetos colectivos, en cuanto a sus fines, son de derecho público y de derecho privado: Entre los primeros unos corresponden al Derecho Público Externo como el Estado y los. Organismos Internacionales, y otros al Derecho Público Interno, como las Municipalidades, las Universidades y otras entidades

semejantes. Los sujetos colectivos de derecho privado asumen varias formas: asociaciones, fundaciones, sociedades civiles, mercantiles, etc., en sus muchas subdivisiones.

2.- LA PERSONA HUMANA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO

El concepto sujeto individual de derecho se refiere a la persona humana. "Todo derecho tiene su causa en el hombre...", escribió el jurista Hermogeniano.

Este enunciado origina varias cuestiones. "Primera: qué quiere decir en términos jurídicos ser persona; qué significa dentro de un ordenamiento jurídico la calidad de persona; qué es ser persona en derecho. Segunda: quiénes son los entes sobre los cuales recaiga esa calificación jurídica de persona; por ejemplo, refiriéndose a las personas individuales de derecho, pregúntase quiénes son los hombres a los que el derecho concede personalidad, y refiriéndose a las llamadas personas colectivas, pregúntase cuáles son las asociaciones a las cuales el Derecho otorga personalidad. Tercera: en qué consiste el ser de estos entes a-los cuales el Derecho otorga personalidad; cuáles son sus dimensiones reales, verbigracia, refiriéndose a las personas individuales, indagar en qué consiste la esencia de lo humano, sus modalidades y sus manifestaciones; y por lo que atañe a las llamadas personas colectivas, esclarecer en qué consiste la realidad de una asociación, de uñá corporación, de una fundación. Cuarta: plantear desde el punto de vista estimativo, de valoración, de política legislativa, de a quién el derecho deberá conceder personalidad; esto es lo que se hace, por ejemplo, cuando criticamos la institución de lae.sclavitud,

afirmando que a todos los hombres debe corresponder la personalidad jurídica o cuando se pide que el Estado no admita otras personas colectivas que aquellas qUe él instituya, o cuando se postula lo contrario, esto es; que la conceda a cuantos entes colectivos surjan espontáneamente".
EI vocablo persona reviste una triple significación que es conveniente deslindar con claridad. Desde un punto de vista "fisio-antropológico" quiere decir lo mismo que hombre. En sentido "teológico-filosófico" significa "entre racional", consciente, capaz de querer. Finalmente en su acepción" jurídica expresa "ente que tiene función jurídica, cualidades de derecho, capacidad".

Según los antiguos -la derivación de Aulo Gelio-, persona proviene de "personare" que quiere decir máscara, "larva histrionalls", careta que cubría la faz de los actores durante las representacíones. Con el transcurso del tiempo, persona se' utilizaba para referirse al personaje de la obra, al actor que llevaba la máscara. Después, el término evolucionó aún más: significó la posición de alguien, su función, su cualidad, su "papel" en la vida.

El uso común de ,la palabra le hizo perder paulatinamente su significado hasta convertirla -dice Ferrara-, en "rudimento sin contenido", como indicativo de un género que es el individuo humano, el hombre.

La Filosofía antigua empleó el término persona para désignar a una sustancia racional. Fue para ella el '''uno por sí", "el individuo de naturaleza racional" o como la define Cassidoro

"substantia rationalis individua suis propietatibus a consubstantialibus caeteris segregata".

En el pensamiento moderno, la noción de persona, ha sufrido una verdadera transformación. Se emplea para designar ese "ente libre capaz de voluntad y dotado de conciencia". Según Leibnitz persona es "cuius aliqua voluntas est". Kant caracteriza la persona por su "libertad e independencia del mecanismo de toda naturaleza". Fichte la define como 'individuo racional y libre", Hegel por la conciencia del yo y la voluntad que es por sí, y Wundt por la "unidad de sentir, pensar y querer" . A la vez que se va desvaneciendo el carácter ontológico de la persona se va acentuando su sentido ético.

La filosofía de nuestro tiempo ha enriquecido con aportes valiosos la teoría de la persona.

Max Scheler considera que la persona es esa "unidad de ser concreta y esencial de actos de la esencia más diversa". No se trata de un simple "punto de partida de actos" de cualquiera especie, de "conexión o tejido de actos" sino de un ser concreto gracias al cual los actos "dejan de ser esencialidades abstractos para pasar a ser esencialidades concretos".

Según Hartmann, el espíritu indiJi'dual, que se "taracteriza por ese auto-constituirse o realizarse espontáneo, se sitúa entre el mundo del "debe ser" y de la realidad, a modo de una verdadera instancia mediadora. La persona no se reduce a ninguno de esos dos mundos, pero participa en ambos. Es el único entre los seres reales que tiene comunicación con los valores.

Gracias a los valores la persona puede realizar su personalidad. Lo que es "sustracto metafísico" adquiere una dimensión ética. Aquello que es dado asume una calidad, se enriquece con una conquista. La realización de la personalidad, es uno de los más hondos imperativos del hombre y lo que él alcance dependerá de su percepción de los valores.

Para el derecho, el problema se refiere a la esencia de la persona jurídica individual; a aquellas notas que el derecho toma en cuenta en el hombre,pára tenerlo como tal.

Las antiguas doctrinas consideraban que la persona jurídica es el hombre, como "ente orgánico consciente y volente". Ferrara observa esta concepción porque "la naturaleza de la persona, por el contrario, es una cualidad abstracta, ideal, proporcionada por la capacidad jurídica y no resultante de la individualidad corporal y psíquica; persona es el hombre en el derecho, en cuanto es reconocido como ente jurídico, dotado de derechos subjetivos".

Las teorías de la voluntad sostienen que la persona jurídica individual tiene como esencia la potestad de querer. Dichas teorías carecen de sustento lógico, porque el derecho subjetivo no se identifica con esa potestad de querer, que sólo se refiere a su ejercicio.

Para el citado autor (ferra!.~ la personalidad jurídica nace del re-conocimiento del derecho objetivo. Considera que "el hombre no es persona por nautraleza sino por obra del Derecho. La cualidad natural del hombre como ente racional y capaz de voluntad, es sólo una base ética, para que el derecho de Ud

cierto estado de cultura, reconozca a todos los hombres personalidad. Pero la subjetividad no es innata en. el hombre, no es una cualidad inherente al individuo, sino una realización ideal que sin el orden jurídico es inconcebible. Anteriormente a la organización estatal, el hombre no es persona" .
El prob!ema consistirá en señalar cuales son esas cualidades que construye el derecho sobre esa "base ética" que constituyen en si mismas la personalidad jurídica del hombre.

Kelsen sostiene que el orden jurídico no se apropia de la integridad del hombre como tal, como unidad biológica y psíquica, sino de algunas de sus acciones (u omisiones) que representan condiciones y consecuencias normativas.

Aquello que el Derecho denomina persona individual no es sino un conjunto de normas, "concretamente: el conjunto de todas aquellas normas jurídicas que tienen por contenido la conducta de un hombre, ya como deber o facultad".

El sujeto de derecho es el centro de imputación normativa, entendida como el enlace de todos los actos que constituyen un sector del ordenamiento jurídico. Por eso debe considerarse que es persona no un ente, sometido a la causalidad natural, sino el resultado de esa imputación normativa establecida por el derecho.

Para Recasens Siches la persona jurídica individual, aquel aspecto del hombre que toma en cuenta el derecho, no es "la plenitud y radicalidad de su propia y privativa vida individual" sino aquel aspecto del hombre que hace de él un individuo "funcionario".

El derecho no se apoya en esa dimensión singular, genuina, intransferible de cada hombre, sino en aquellos rasgos que tiene en común con los demás, que son genéricos, colectivos y, por eso, esquemáticos. No le interesa el hombre en sí, sino "el ciudadano, el vendedor" el pupilo, el tutor, el hijo, el padre, el arrendatario, el heredero, el moroso, el delincuente, el contribuyente, el soldado, el juez, etc."

Mientras la moral abarca al hombre en su plenitud, el derecho es "siempre y necesariamente la regulación esquemática de la conducta".

Pero la dimensión que se considera como constitutiva del sujeto de derecho, no es solamente el conjunto de rasgos o caracteres dentro de determinadas relaciones concretas, sino esa realidad profunda que es la persona; que no puede dejar de ser considerada por el orden jurídico.

Para Legaz Lacambra, la persona jurídica individual no coincide con la plenitud del ser humano. El Derecho solo toma en cuenta algunas notas de éste. ¿Cuáles son esas notas? La esencia social del hombre gracias a la cual es capaz de situaciones jurídicas. "Ese estar y ponerse libremente en situaciones jurídicas que uno mismo puede crear, es la primera dimensión de la personalidad jurídica y es a lo que alude el clásico concepto que la define como titularidad de derechos y obligaciones".

La personalidad jurídica implica además que todo lo que el hombre hace desde su situación jurídica, le sea imputado como "suyo". Esto significa que esa personalidad "no es una magnitud

independiente del Derecho, sino, enteramente, una creación de éste".
Es evidente que cuando el derecho ddibuye la calidad1de sujeto a la persona, la considera en dos planos diversos. El primero, como un presupuesto necesario, comprende lo que podría denominarse el "sustracto" del hombre, como fin en sí, como ser inteligente y libre. El segundo, todo aquello que le corresponde y que le puede ser atribuído como "suyo" en sus relaciones' con los demás hombres.

Las notas deber - derecho, facultad - obligación, corresponden al hombre por su dimensión ontológica de persona que es el sustento más profundo del orden jurídico.
La persona jurídica individual, considera como sujeto de derecho, no coincide con la totalidad de la persona humana ni es una simple creación de la ley: Ni una ni otra cosa. Ser persona para el Derecho representa ostentar un rango especial, una dignidad propia, en tanto que centro de imputación de sus actos y como ente capaz de exigir lo suyo.

3.- LAS PERSONAS JURIDICAS

El Derecho atribuye carácter de sujeto no sólo al hombre considerado individualmente sino también a los "entes colectivos" llamados personas jurídicas en sentido estricto, "personas sociales" "personas colectivas" o "personas morales".

Se acepta, en términos generales, 'la distinción entre las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado, aunque puede carecer de base lógica, si se considera que todas

necesitan el reconocimiento del Estado y requieren su vigilancia constante, por cuya razón pertenecen al derecho público.

Las personas jurídicas de derecho público realizan fines de utilidad pública y unas son de derecho público externo, como el Estado y los organismos internacionales y otras de derecho público interno, como los entes administrativos ~manados del Estado, las municipalidades, etc. Las personas Jurídicas de derecho privado, cumplen fines de utilidad privada, tales como las asociaciones (universitas personarum) que son reuniones de personas que generan un ente colectivo distinto de las que lo constituyen; las fundaciones (universitas bonorum y rerum) afectación de un patrimonio a cierto fin por acto irrevocable del fundador; y las sociedades que asumen diversas formas.

Los problemas centrales de las personas jurídicas se orientan a definir en que consiste su naturaleza, a precisar cuales son los rasgos o caracteres .que en ellas toma en cuenta el derecho para atribuirles personalidad, y qué función representa para su existencia el reconocimiento jurídico.

Muchas teorías dan respuesta a estas preguntas. Algunas desde el campo mismo del Derecho, otras desde las ciencias sociales.

Una de las teorías más conocidas, entre las múltiples formuladas por la ciencia del derecho para explicar la naturaleza de las personas jurídicas, es la denominada de la ficción, cuya fórmula clásica se encuentra en Savigny y que ha sido seguida por Puchta, Barón y otros.

"El concepto de persona jurídica -para Savigny- se refiere exclusivamente a la~ relaciones patrimoniales. De aquí la definición: la persona jurídica es un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio"

¿Por qué la persona jurídica es una ficción, una creación artifIcial del derecho? Porque son sujetos de derecho -responde Savignyúnicamente los seres dotados de voluntad y las personas jurldicas carecen de ella. "Sólo el hombre singular es capaz de derechos". Los entes colectivos, no.

Como lo anota con acierto Del Vecchio, tal doctrina parte de un grave prejuicio positivista: admite como real sólo aquello que es perceptible por los sentidos. Además la aptitud para expresar la vo!untad no constituye el fundamento del derecho subjetivo. Finalmente -pese a que Savigny se refiere en forma exclusiva a las relaciones patrimoniales- quedaría al margen de su teoría, el Estado; y si éste es reducido a ficción, tendría igual carácter el derecho.

Las teorías denominadas patrimonialistas sostienen la posibilidad de la existencia de derechos sin sujeto, que son los que corresponden a un patrimonio adscrito a un fin, a una empresa, o que son simplemente patrimonios colectivos, a los que indebidamente se atribuye una personalidad jurídica.

Windscheid en 1853, en un estudio sobre la herencia y yacente, esbozó la teoría de los derechos sin sujeto. La tesis de Brinz es, sin duda, la expresión mas clara de este punto de vista.

. Al estudiar Ferrara los fundamentos de la citada doctrina señala que su nacimiento se justifica con dos argumentos: "la inadaptabilidad de la idea dominante", porque "a un sujeto fingido nada en realidad puede pertenecer" y en la -distinción hecha por el Derecho Romano en la "divisio rerum" que separa las "res alicuius" y las IIres nullius". En este mismo sentido, el tratadista Bekker, divide los patrimonios en independientes (adscritos a fin, sin sujeto) y dependientes (pertenecientes al alguien).

Los partidarios de la teoría de la institución (Hauriou, Saleilles) algunos tratadistas de derecho civil (Enneccerus) y otros de derecho público (O. Mayer, Leonhard) consideran que las personas jurídicas constituyen organizaciones o empresas en las que el patrimonio ha adquirido independencia con relación a sus antiguos titulares. Para otros autores, las personas juridicas están constituídas simplemente por patrimonios colectivos.
La inconsistencia de las referidas teorías se demuestra porque no pueden existir derechos sin sujeto. "El sujeto es el punto de apoyo necesario del derecho, es el punto necesario de la ligazón, del vínculo jurídico, que no puede permanecer en el vacío" .

Las teorías realistas consideran que la noción de persona jurídica no coincide con el de hombre; que es necesario ensanchar el concepto de sujeto de la norma llevándolo de la esfera del derecho privado al derecho público y que "todas las personas jurídicas públicas o privadas son realidades" .
Estas doctrinas tienen su origen en el pensamiento antiguo.
.En Platón se encuentra ya una analogía biológica entre el hombre y el Estado. Para muchos pensadores medioevales el

Estado era considerado como "organismo natural", lo mismo que para los pensadores modernos Nicolás de Cusa y Juan de Salisbury.
- Montesquieu y Rousseau siguieron la misma orientación, que fue exagerada por algunos teóricos, cuyo antropomorfismo los llevó a separar en el Estado "un cuerpo, un- alma y los nervios, etc." o la voluntad y los órganos con los que se ejecuta sus decisiones.

Los partidarios de esta tesis afirman que las personas jurídicas constituyen entes reales, vivientes, dotados de funciones psíquicas, y que gracias a ellas son sujetos de derecho. Merced a la voiuntad realizan fines, y mediante la inteligencia eligen los medios para ejecutarlos.

Todas estas teorías no pasan de ser la expresión de analogías aparentes o vagas. No existe una "voluntad propia" en las personas jurídicas ni menos los fenómenos psíquicos necesarios para darle vida.

La realidad de un "organismo" colectivo ha sido calificada con -razón de simple fantasía.
Ihering trató de buscar un sustento en el derecho, sin ¡¡¡l aporte de elementos provenientes de otras disciplinas, con el objeto de - explicar la naturaleza de las personas jurídicas. Pero la noción de "subjetividad jurídica" es un instrumento al que se recurre con el fin de crear "un instrumento técnico para distribuir los bienes" que en sí mismo no tiene interés y, por tanto, carece de derechos, porque el interés y el derecho sólo corresponden a los individuos. Pero el derecho, co. mo lo nota Del Vecchio, no sólo

está constituído por el disfrute, sino por la "facultad de pretender un disfrute dado".

Finalmente, otros tratadistas consideran que las personas jurídicas constituyen creaciones del derecho objetivo o de las ciencias jurídicas.
El propio Ferrara, llama a las personas jurídicas "asociaciones o institucion~s formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derechos".

Los elementos de las personas jurídicas son según Ferrara tres: asociación de hombres, el fin a realizar que debe ser determinado, posible y lícito y constitución por el derecho.

Este último es el elemento más impor!ante. Las personas jurídicas dice Ferrara "son las reconocidas como tales". El derecho no realiza una mera función certificativa -otorgando .seguridad en interés' de terceros; ni desempeña tampoco un papel declarativo que consistiría en poner de manifiesto su existencia; ni es confirmativo, limitado sólo a ratificar su realidad previa, sino "constitutivo". "La elevación a sujeto de derecho, agrega, no es constatación de lo que ya existe, no es perfeccionamiento o confirmación de lo que está en vías de formarse, sino que es creación y atribución de una cualidad jurídica que deriva del derecho objetivo, y que tiene el carácter técnico de una concesión administrativa. El Estado obra como órgano del derecho concediendo la personalidad, y obra constitutivamente"

La Teoría Pura del Derecho, considera' a la persona jurídica como "un complejo de normas de derecho, por medio de las cuales se regula la conducta recíproca de un conjunto de hombres que persiguen un fin común".
Resulta así que la persona jurídica o es un orden jurídico parcial, el estatuto de una asociación, por ejemplo, que constituye la personalidad de ésta; o es el orden jurídico total que se identifica con el Estado.
Debemos observar que las personas jurídicas no son simples creaciones del derecho ni complejos normativos totales o parciales, porque ostentan una realidad independiente del órden jurídico que las reduce a creaciones, caprichosas o no, de éste.
Las personas jurídicas están constituídas por un sustracto real y por un conjunto de notas lógicas que les atribuye el derecho.

Los entes colectivos son sujetos de derecho en cuanto son connotados por éste con ciertos caracteres que los definen como capaces de realizar fines jurídicos, sean éstos patrimoniales o no patrimoniales.
Al atribuir el derecho esos rasgos a tales entidades, se limita a reconocerlas y a incorporarlas dentro del orden legal existente. Su función no es constitutiva, es simple y claramente atributiva.
Los errores de las teorías come.ntadas han tenido un doble punto de partida. Algunas de ellas han considerado a las personas colectivas despojados de su calidad jurídica; otras, han tomado en cuenta sólo las notas atribuídas por el derecho, y han prescindido de su base real. Vale decir, personas sin categoría de sujeto de derecho, sujetos sin la naturaleza de persona.
El derecho toma en cuenta en las personas jurídicas sólo al sujeto de la norma en su aspecto lógico, pero acepta que existe

un sustracto real que queda fuera de él. Y en cuanto a ese aspecto lógico, el derecho no lo crea, se limita a reconocerlo.

CAPITULO IV

EL OBJETO DE DERECHO

1.- Noción de objeto de derecho. 2.- Clasificación de los objetos de derecho.

1.- NOCION DE OBJETO DE DERECHO

En términos generales "objeto de derecho" significa el fin que persigue el derecho y también uno de los elementos de la relación jurídica.

En su primera acepción, objeto de derecho "es la regulación de los actos que caen dentro de la esfera jurídica". En la segunda, es todo aquello sobre lo cual se establece dicha relación. Aquí consideramos sólo la última. " Concebido el objeto como "el poder que constituye el contenido del derecho" 1, algunas veces, según Coviello, significa todo lo que cae bajo la potestad del hombre, llamándose también objeto inmediato del derecho; otras singifica aquello a que el derecho tiende, lo que a causa del derecho se nos hace posible, el objeto final del derecho, llamándose asimismo objeto mediato del derecho. Así en los

derechos de obligación, por ejemplo, se llama objeto tanto el hecho del deudor, o sea la prestación, como la cosa de que se debe gozar en fuerza de la prestación. Por esa razón, en obsequio de una mayor: exactitud del lenguaje y previsión de ideas, se ha convenido en llamar objeto de los derechos lo que cae bajo eJ poder del hombre, y contenido de los mismos lo que a causa del derecho podemos obtener"

Se argumenta que la relación entre los sujetos no recae directamente sobre el objeto tal como lo entendemos, sino sobre aquella que uno de ellos debe hacer u omitir. Se trata en este caso de la relación misma, necesaria en todo derecho, que no se traba sino entre sujetos y no entre éstos y los objetos, pero que no excluye la presencia de los últimos. El derecho de propiedad, por ejemplo, requiere la existencia de un sujeto pasivo universal obligado a una abstención (no perturbar la tenencia de un bien), y la de un titular, pero no elimina el objeto de la propiedad. El objeto no es la relación sino el contenid.o de la relación.

En el orden jurrdico, del mismo modo que en el lógico y en el gnoseológico, la noción de objeto se halla ligada a la de sujeto.

Ser sujeto de la norma significa el concurso de notas que otorgan a la persona una calidad gracias a la cual pertenece al orden jurrdico. Del mismo modo, el objeto de derecho es todo aquello que constituye el corre lato de tales notas.

Si el sujeto de derecho es tal, porque el orden jurrdico le reconoce la posibilidad de exigir "lo suyo", el objeto es todo lo susceptible de ser considerado como "suyo" por el sujeto. Por eso no son cosas (objetos) en sentido jurrdico, dice Enneccerus, el sol, la luna o las estrellas.

La relación jurrdica es tal por la existencia del objeto, y en esto se diferencia de otro tipo de relaciones intersubjetivas, que se establecen directamente entre las personas (amistad, amor, compañerismo). El objeto se "intercala" entre los sujetos, mide la obligación del uno y el derecho del otro, y señala a cada uno de ellos cuál es el sentido y cuáles los alcances de sus facultades y de sus deberes.

De lo expuesto se desprende que no existen derechos sin objeto. Sin embargo, algunos autores como Coviello, admiten derechos sin objeto -como los derechos públicos y entre los privados los de la persona como tal- pero no derechos sin "contenido". Esta distinción, que no se justifica, se basa en las ideas de dicho autor anteriormente expuestas.

2.- CLASIFICACION DE LOS OBJETOS DE DERECHO

El profesor Orgáz de la Universidad de Córdoba, propone la clasificación de los objetos de derecho en bienes, hechos, valores ads'critos a la personalidad humana y valores institucionales.

Los bienes, son objetos corporales o incorporales susceptibles de ser considerados como medios para la existencia de una relación jurídica.
Los hechos, son objetos de Derecho "en cuanto son apreciables económicamente y pueden constituir la materia de relaciones jurídicas.

Pero no cualquier hecho, es decir, cualquier acontecimiento debido a la actividad del hombre o a las fuerzas naturales se denomina "jurídico" porque para poseer este carácter debe producir algún efecto en el campo de las relaciones jurídicas.

Si un propietario, por vía de distracción, se ocupa de pintar las habitaciones de su casa, este hecho no tiene repercusión jurídica alguna, pero sí la tiene, si ese mismo hecho es realizado por un operario a quien el propietario ha ocupado para la tarea, porque genera obligaciones y derechos recíprocos y es una actividad valorable, por día o por metros, según como se haya convenido; esto es, constituye el objeto de una relación jurídica".

Los valores adscritos a la personalidad son calidades que ofrecen el carácter indudable de objetos de derecho. Son susceptibles de protección jurídica y cualquier ataque determina una sanción. La libertad, el honor, la buena fama, pertenecen a esta categoría.

Finalmente, según el mismo autor, "resultan especialmente protegidos como objetos jurídicos, los llamados valores institucionales: el Estado y sus múltiples manifestaciones (documentos, moneda, actos, etc.) se hallan amparados por el derecho y los ataques que se consuman contra ellos, acarrean las sanciones pertinentes por vulnerar un "objeto" para el orden legal, sin duda no valorable económicamente por tratarse de formas jurídicas".
La clasificación es incompleta porque no comprende los atributos de las personas, otros derechos, y el patrimonio; y es

errónea en cuanto considera que el Estado es "valor institucional" y, como tal, objeto de derecho.

Enneccerus, distingue los siguientes objetos de derecho:

1°- La propia persona, sobre la que recaen determinados derechos, que protegen bienes indisolublemente unidos a ella, como la salud, la vida, el cuerpo, la libertad corporal e "irradiaciones" de la personalidad, como la libre actuación del hombre, su honor, su potencia de trabajo, su libertad económica, la esfera privada secreta, etc., amparados por el derecho.

2°- Otras personas consideradas en cierto aspecto como objetos de derechos, los de familia, por ejemplo. Coviello subraya, con acierto, que tales derechos sobre los otros no se refieren a la integridad de su personalidad, tampoco significan que ellos sean considerados como cosas, ni constituyen la negación de sus atributos esenciales. La naturaleza de esos derechos es "predominantemente moral" 11 y se dirigen a determinadas relaciones.

3°- Los productos del espíritu, que poseen una significación autónoma, independiente de los objetos a través de los cuales se expresan. Se les llama bienes inmateriales, ejemplo: una obra científica, literaria, artfstica, etc.

4°- Pueden ser comprendidos como objetos de derecho, otros derechos, puesto que existen "derechos sobre derechos" cuyo contenido no es el objeto mismo sino el derecho. Enneccerus

senala, como ejemplo, un usufructo o una prenda sobre un crédito.

5°- El patrimonio, como conjunto de derechos, puede ser considerado como objeto (patrimonio hereditario).

A estos objetos deben agregarse, por una parte, las cosas u objetos matEfriales y, por otra, los hechos del hombre.

Es evidente que la relación jurídica puede establecerse teniendo como objetos, a) la propia persona u otra, en el sentido precisado por Enneccerus; b) los bienes (materiales e inmateriales) y c) hechos debidos a la actividad del hombr.e o a otras causas.

Con referencia a la propia persona, constituyen objetos los "atributos de la personalidad" y en lo que se atañe a otras, ciertas relaciones, como las de familia.
La denominación bienes comprende las "cosas" en tanto objetos materiales, y los productos del espíritu susceptibles de protección jurídica.
Los hechos son, no sólo las acciones u omisiones del hombre, sino hechos debidos a otras causas, como las naturales.

Los bienes son susceptibles de muchas clasificaciones: atendiendo a la persona del propietario, en bienes del Estado y de particulares; a su anturaleza, en muebles e inmuebles; corporales e incorporales; principales y accesorios; divisibles e indivisibles; consumibles y no consumibles; fungibles y no fungibles, etc.

CAPITULO V

LA RELACION JURIDICA

1.- Concepto de relación jurídica. 2.- Elementos do la relación jurídica. 3.- La relación jurídica como relación lógica.

1.- CONCEPTO DE RElACION JURIDICA

El vínculo que establece la norma jurídica entre los elementos que integran su contenido, se denomina relación jurídica.

Tal relación es el nexo que se crea entre los sujetos, mediante el cual, uno de ellos, el pretensor, puede exigir del otro, el debitor, el cumplimiento de un deber jurídico cuyo contenido está dado por determinado objeto o prestación, bajo la amenaza de la sanción.

Los elementos de la norma adquieren relieve mediante la re! ación jurídica. En virtud de ella uno de los sujetos es pretensor frente al otro, y éste es el debitor. Del mismo modo, el objeto ingresa dentro de la relación, y puede hacerse efectiva la sanción.

Los conceptos que integran la norma son los factores relacionados, el vínculo que establece el derecho es el factor relacionante.

La relación jurídica, al igual que la relación lógica que nace del juicio lógico, no es anterior ni posterior a sus elementos, su elaboración es simultánea.

La descripción de la estructura del juicio formulada por Natorp es aplicable a la relación jurídica. "Se dirá -escribe- que los términos, es decir, los conceptos, tienen que existir previamente y que la función del pensamiento en el juicio sólo consiste en enlazar correctamente, de: acuerdo con su sentido propio, los elementos dados, de tal modo que el contenido de conocimiento implicado en el juicio se hallaría en el fondo, encerrado en los conceptos: el juicio resulta de acuerdo con esta interpretación una tautología. "

1. "la separación o intervalo entre dos cosas, en cuanto se piensa como unión, se llama relación. Relatio es adus referendi; referre (referir, mencionar. remitir) a su vez es retro aut vicissin aut iterum ferre. Por eso estas palabras expresan la ideó de ir y venir de una cosa a otra colmando la distancia entre ellas, y con ello la idea de una unión. Precisamente porque ius iungit tiende a hacer de dos partes un entero, estabece una relación entre ellas.
Las relaciones jurídicas no son otra cosa que relaciones (uniones) establecidas por el Derecho". F. Carnelutti. Teoría General del Derecho. Traducción del italiano por Franciscó Javler Osset. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, pág. 183-184.

¿Qué pueden ser entonces los elementos mentales dados de antemano, los términos del juicio, los conceptos? En todo caso determinaciones. Pensar significa, esencialmente, determinar.

Así, pues, la determinación no puede siempre, ni siquiera en el caso primitivo, ser dada al pensamiento para que la piense, sino que sólo el mismo pensamiento es capaz de realizarla".

La función normativa del derecho no consiste en señalar quiénes son sujetos, cuál es el objeto y consecuentemente determinar las sanciones, sino en establecer relaciones jurídicas.

Carnelutti define la relación jurídica como aquella que se constituye "por el derecho entre dos sujetos respecto a un objeto".

Si se admite que es el derecho el que crea la relación, no es lógico explicar la génesis de aquella, tomando únicamente como púnto de partida la existencia de una relación real (social) que precede a la relación jurídica, y que llegue a asumir este carácter sólo por obra de la norma que así lo establece. Según Savigny "la relación de derecho, nos aparece como relación de persona a persona, determinada por la regla juridica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de la voluntad extraña. En consecuencia, toda relación de derecho se compone de dos elementos:
el primero. una materia dada, la relación misma; el segundo, la idea de derecho que regula esta relación; el primero puede ser considerado como elemento material de la relación de derecho, como simple hecho; el segundo, como elemento plástico, el que ennoblece el hecho yle da la forma de derecho".

Precisa Fernández Galiana que, por otra parte "conviene advertir que el Derecho no constituye las relaciones ex novo; las relaciones las crea el hombre cuando en virtud de sus actos se

pone en situaciónde recíproca implicación con la personalidad de otro, o bien aparecen Como consecuencia de hechos naturales, no producidos por el hombre que por sí solos, establecen la vinculación entre los sujetos". El derecho jurldlza determinadas relaciones reales, les atribuye efectos jurídicos y las transforma en relaciones de esta naturaleza.

La relación real y la relación jurídica no se confunden. Como lo expresa con acierto Legaz Lacambr'a: 1°- no todas las relaciones sociales están comprendidas dentro del derecho (amistad, amor, compañerismo); 2° ciertas relaciones intersubjetivas pertenecen al derecho sólo en un aspecto de ellas (matrimonio); 3° -la persona en sentido jurídico es sólo "una cierta dimensión del hombre" . Además, la relación júrídica sólo se establece entre los elementos de la norma jurídica, y en el ámbito del derecho, aunque apunta hacia entes' extralógicos.
La relación considerada en sí misma -como enlace de elementos normativos- está constituída por una referencia a la conducta humana. La conducta de un sujeto se vincula con la del otro hacia un determinado objeto bajo amenaza de una sanción. Se trata, p'ues, de referencia de conducta a conducta, "uno debe conducta a otro, debe hacer y omitir para otro" .
En los derechos absolutos, se relaciona la conducta propia con la ajena mediante un facultamiento de la primera y un deber de abstención de la segunda; en los relativos, se concede al titular una potestad sobre un acto de la conducta del otro sujeto. Si se compara el derecho de propiedad (propietario- otros sujetos) con un derecho de crédito (acreedor - deudor) se nota la diferencia. .

2.- ELEMENTOS DE LA RELACION JURIDICA

Legaz Lacambra define la relación jurídica como "un vrnculo entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho definido por las normas jurrdicas como condición de situaciones jurídicas correlativas acumulativas de facultades y deberes, 'cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas' por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción".

De aquí desprende que la relación consta de los siguientes elementos "la norma, la persona, el hecho condicionante, la correlaflvidad de situaciones jurídicas, la prestación y la sanción".

No puede considerarse que la norma sea un elemento de la relación jurídica, más bien ésta -la relación- lo es de aquella, de la norma y como tal la consideramos. Es asimismo erróneo tratar al supuesto que es el hecho condicionante de la relación, como elemento de lia. Debe entenderse, finalmente, que no se trata de "prestación" sino de "objeto" en terminas generales, como el citado autor lo acepta después, la relación jurídica es un vínculo entre sujetos de derecho y no entre hombres como entes reales.

De aquí se desprende que no todas las relaciones intersubjetivas sean jurídicas y que éstas pueden establecerse entre sujetos que no son hombr-es (personas jurídicas). Si se admite que las' relaciones jurídicas se establecen entre personas, y no entre sujetos de derecho, no existiría criterio lógico alguno para excluir del campo de las mismas las relaciones sociales no jurídicas. , No existe tampoco relación jurídica entre el sujeto y el objeto.

Los derechos reales constifuyen vínculos entre sujetos. En el caso de los animales a que se refieren determinadas leyes, éstos no son el sujeto pasivo de la relación, sino objetos protegidos por la norma, que se dirille a determinados sujetos.

La relación turídica establece una correlatividad de situaciones entre los sujetos de derecho.
Realizado el supuesto o la condición de la norma, uno de los sujetos adquiere una facultad y sobre el otro recae un deber.

En algunos casos las relaciones son complejas: enlazan diversas facultades de uno de los sujetos con varios deberes del otro; o facultades y deberes de uno con deberes y facultades del otro.

En el orden de la conducta, como se ha expresado antes, se trata del hacer de un sujeto que corresponde al hacer u omitir de otro, o simplemente, del derecho de exigir por un lado una acción o una' abstención del otro.
El objeto de derecho es otro de los elementos de la relación jur.ídica, que se establece entre los sujetos con miras hacia él. No es posible pensar en el ámbito del derecho en una relación sin objeto, que carezca de contenido. El objeto se incorpora dentro de la relación, sólo a través de un hacer del tlombre pero no se reduce a éste ni sé confunde con él.

Finalmente, la relación jurídica contiene el elemento sanción, que formaliza su existencia y le otorga su carácter propio. Tal elemento consiste en la facultad que otorga la norma al sujeto derecho-habiente para poner en movimiento al órgano sancionador a fin de que haga recaer sobre e! sujeto debitor, en

caso de incumplimiento de la conducta prescrita, una consecuencia establecida de antemano.

3.- LA RELACION JURIDICA COMO RELACION LOGICA

Algunas posiciones doctrinarias como la Teoría Pura del. Derecho de Kelsen, y la de Schreier, influído por el pensamiento fenomenológico y por aquella, consideran que la relación jurídica tiene un carácter estrictamente lógico.

Según Kelsen, la relación jurídica no se establece entre elementos reales, que se hallan más allá del Derecho, sino entre conceptos integrantes de la norma. "'.
Las relaciones reales que tienen lugar en el mundo del ser, se constituyen entre sujetos ligados por el nexo causal; las jurídicas entre elementos del precepto, uno de los cuales "debe ser" con respecto al otro, gracias a un vínculo "sui géneris" que es la imputación normativa.

La relación jurídica pensada de ese modo, se define "como una relación dentro del orden jurídico, como una relación de hechos establecidos por la norma de derecho". A manera de ejemplo, Kelsen señala, que "la relación entre el acreedor y el deudor significa una determinada conducta del deudor "enlazadas de modo específico en una norma de derecho, de tal manera que la conducta de uno aparece en forma de facultad (una forma de vo!untad dirigida al acto coactivo cuya condición constituye) y la del otro, en forma de obligación (la conducta contraria es otro supuesto del acto coactivo). Por eso, la relación jurídica no es una relación entre personas sino entre hechos".

Según Schreier la relación jurídica es también de carácter lógico.

Schreier distingue los conceptos absolutos de los relativos, que no pueden ser pensados sin una noción complementaria, esto es, la relación.
Ninguna relación puede formularse partiendo de los hechos. En opinión de Schreier, es el pensamiento el que la establece. La norma constituye, en ese sentido, una relación, es decir, un enlace entre un supuesto y su correspondiente disposición.

Cabe expresar que la relación de derecho no es una trascripción ni una reproducción de la relación real, porque el derecho no toma de los objetos sino determinadas notas y las enlaza de modo específico, pero ello no significa que la relación quede limitada a una simple elaboración del pensamiento, mediante la cual los conceptos se enlazan únicamente or necesida.

El Orden jurídico, que está constituído por un conjunto de relaciones, toma como punto de partida la conducta humana (factor real de la relación) la valora de un modo especial (factor axiológico) y la expresa mediante normas (factor lógico).

CAPITULO VI

LA SANCION

1.- Concepto de sanción. 2.- Clasificación de las sanciones. 3.-;- La coacción.
4.- La coercibilidad del derecho.

1.- CONCEPTO DE SANCION

En sentido amplio sanción significa medio que tiene por objeto dirigir la voluntad hacia el cumplimiento de una norma. Esta definición comprende tanto el premio como el castigo, tanto la sanción represiva como la preventiva.
En sentido restringido, llámase sanción a la consecuencia del incumplimiento del deber jurídico que recae sobre el sujeto obligado, o la medida empleada para evitar que tal incumplimiento se produzca.

Más limitadamente aún, se entiende por sanción la consecuencia jurídica que debe sufrir el infractor de la norma. Debe notarse que esta última acepción, excluye las medidas de seguridad sobre cuya ubicación, dentro del campo de las sanciones o fuera de él, los tratadistas no están de acuerdo. Para algunos, su naturaleza es preventiva y su aplicación pertenece a las autoridades administrativas (Birkmeyer), para otros, penas y medidas de seguridad son separables y su diferencia es sólo de orden práctico (Liszt). Finalmente, muchos consideran que las dos formas de sanción son idénticas (Antolisei).

Las normas jurídicas señalan una "correlatividad de situaciones" entre los dos sujetos de derecho: al derecho de uno corresponde el deber del otro y viceversa. La infracción de los deberes que

las normas imponen, rompe tal equilibrio y da lugar a esa consecuencia que es la sanción "porque el bien engendra el bien y el mal engendra el mal en el curso de la historia" y el deber moral como el jurídico "no es sino el reflejo del precepto derivado de la constancia de esta relación, en la que se halla la más alta de las leyes conocidas por los hombres". Sancionar significa tanto como hacer inviolable, como "vigorizar" algo.

Merced a la sanción, el orden moral (mas), que se halla desprovisto de sanciones externas, se transformó en el orden jurídico (ius) dotado de ellas; y la observancia de este último, dentro de los límites' de las facultades y deberes que señala, evita esa pugna constante de intereses Y "mantiene unido~ a los hombres en sociedad" Así se realiza esa función del derecho (iungere) que es el asegurar la cohesión social humana.

Considerada la sanción como un resultado de la infracción del deber jurídico, que debe recaer sobre el sujeto obligado, no constituye una consecuencia primaria de la norma -porque tal consecuencia primaria es el deber que ella prescribe- sino una consecuencia secundaria. La fórmula completa de la norma jurídica, comprendiendo tal consecuencia secundaria, es ésta: Dado A debe ser B: si no es B debe ser C (sanción).

Como elemento integrante del orden jurídico, la sanción constituye un factor necesario para evitar que se produzca la negación del derecho, el "no-derecho", puesto que sin ella, las frecuentes violaciones de aquél, llevarían a su desaparición. , Esto no significa que la sanción sea un factor de hecho creado para garantizar el derecho. Es el derecho que se protege a sí

mismo. Pero. esta protección es condición importante para su existencia.

Las "sanciones" que no dimanan o que no corresponden a un orden jurídico justo Y' vigente, no son sanciones, constituyen arbitrariedad y abuso, esto es, la negación del derecho.

La aplicación de las sanciones se realiza de acuerdo con la norma sancionadora. La sanción constituye el contenido de tal norma pero no se identifica con ella, pues, si así fuera, la violación de la norma sancionadora -que por tal hecho se convertiría en norma sanciona-' da- requeriría otra norma sancionadora y así hasta el infinito.

2.- CLASIFICACION DE LAS SANCIONES

Du Pasquier clasifica las sanciones en los siguientes grupos:
a) sanciones que constriñen al rebelde a hacer o a cumplir por la fuerza aquello que se niega a ejecutar; b) sanciones que restablecen en lo I posible la situación anterior violada; y c) sanciones penales y administrativas.
Pertenecen al primer grupo las sanciones que Bonnecase denomina "sanciones directas" como la ejecución forzosa, la restitución del mismo bien, el lanzamiento. Las nulidades, la reparación del daño mediante indemnización son sanciones que restablecen, en lo posible, la situación anterior a la violación, están inclurdas en el segundo. Las multas administrativas, las sanciones penales, la pérdida de la patria potestad, la indignidad para heredar, corresponden al tercero.

La clasificación anterior es claramente incompleta y carece de fundamento lógico ya que las sanciones del segundo grupo pueden aplicarse o hacerse cumplir por medio de la fuerza como las del primero; y las del último grupo, han sido tomadas en cuenta, no según su forma de aplicación o su finalidad, sino en función de las ramas del derecno a que corresponden.

Carnelutti, toma como punto de partida de su clasificación una premisa filosófica: las sanciones tienen como objeto "la observancia del orden ético" y las divide en premios y castigos.

La sanción premial (condecoraciones, promoción por méritos, gratificaciones, primas, etc.) es el bien a que se hace acreedor quien ha realizado una acción meritoria; el castigo, significa el mal a que se hace acreedor el infractor del precepto.

Las sanciones de castigo, según Carnelutti, son preventivas y represivas. Las sanciones preventivas tienen por objeto evitar que se realice el mal y pueden ser frsicas (prisión preventiva, por ejemplo) y económicas (multas). Las represivas tienen por fin, eliminar el mal en el campo económico y en el moral, y son la restitución y la pena.

En el orden de las sanciones económicas, cabe estab'ecer diferencias. "La restitución sirve para restablecer económicamente la situación anterior al mal realizado mediante el sacrificio de un interés de quien lo ha causado, y puede ser aquel mismo interés que se ha l desarrollado al realizar el mal o bien un Interés equivalente o compensador. Según estas tres hipótesis, la restitución se diferencia en I restitución directa o restitución en sentido estricto, resarcimiento del daño y reparación. La diferencia de la primera respecto a las otras Idas

se refiere a la naturaleza del interés afectado por la sanción, I que en el caso de la restitución es el mismo Interés desarronado en el acto ilícito, mientras que en las otras dos es un interés distinto de éste; y la diferencia entre la segunda y la tercera se refiere a la relación entre el interés desarrollado en el acto ilícito y el interés afectado por la sanción, en cuanto que en el caso del resarcimiento de daños hay una equivalencia entre los dos intereses, mientras que en la reparación la relación es, en cambio, de compensación; y nótese que la equivalencia entre intereses existirá cuando la satisfacción de uno sirve para satisfacer el otro (por ejemplo, si se me ha destruído una casa el resarcimiento del .dañoconsistirá en darme el dinero para edificar otra o comprármela), y, en cambio, existirá compensación cuando la satisfacción de uno de los intereses atenúa el sufrimiento determinado por la insatisfacción del otro (por ejemplo si se mata a una persona a quien quiero, se me da una suma de dinero que, si no puede hacerla revivir, puede procurarme alivio y distracciónes a mi pena)".

La pena restablece moralmente la situación anterior al mal realizado, y en ello consiste la función represiva de lo ilícito, según Carnelutti.
La garantía del precepto no se obtiene a veces con una sola sanción, sino con más de una. Se trata del caso de "acumulación de sanciones". En otros casbs es necesario acumular medidas represivas'y preventivas.

Este amplio ensayo de sistematización de las sanciones que representa la clasificación de Carnelutti, es, sin embargo, objetable, no sólo porque se sustenta en fundameiltos extrajurídicos (el mal, restablecimiento moral, etc.), sino porque

abarca la discutible sanción premial, porque no señala el lugar que corresponde a las "sanciones directas" y prescinde de las nulidades.

Según García Maynez, las sanciones jurídicas deben clasificarse "atendiendo a la finalidad que persiguen y a la relación que existe entre la conducta ordenada por la norma infringida y la que constituye el contenido de la sanción" .
De acuerdo con tales criterios las sanciones son de dos clases:
de coincidencia y de no coincidencia. En el primer caso "el contenido de la sanción coincide con el de la obligación condicionante". El segundo, tiene lugar" cuando no es posible conseguir de manera coactiva la observancia de la obligación, pero existe en cambio, la posibilidad de exigir oficialmente al incumplido que realice una prestación equivalente a la que dejó de realizar". Esta sanción es la indemnización. Su carácter consiste en que los deberes que la sanción implica, representan económicamente lo mismo que aquellos otros que dejó de cumplir (el obligado) y que las consecuencias materiales y morales del acto antijurídico. De aquí que la indemnización no comprenda sólo los daños sino también los perjuicios".

Finalmente, cuando el cumplimiento del deber impuesto por la norma es imposible, o no existe el equivalente económico adecuado y, además, ha sido amenazado gravemente el orden jurídico, la sanción es de castigo.

Las sanciones anteriores llamadas simples, según el mismo autor, pueden combinarse en forma compleja: a) cumplimiento e indemnización; b) cumplimiento y castigo; c) indemnización y castigo; y d) cumplimiento más indemnización, más castigo.

La clasificación omite la nulidad como sanción jurídica comprende bajo el nombre de indemnización el resarcimiento del daño y la reparación, y no considera las medidas de seguridad.

Una clasificación completa de las sanciones debe tener en cuenta su finalidad y las consecuencias jurídicas que implican para el. sujeto sobre el cual recaen. De acuerdo con estos criterios cabe considerar como sanciones las siguientes: 1°- Las sanciones directas; 2° Las nulidades; 3°- La indemnización; 49- Las penas y 5°-Las medidas de seguridad.

Las dos primeras formas de sanción persiguen el restablecimiento de la situación jurídica violada al estado anterior a la violación misma; la indemnización significa el sacrificio de un bien económico del obligado en favor del sujeto pretensor en vista de la imposibilidad de lograr la finalidad que se alcanza con las sanciones directas y con la nulidad. Finalmente la pena, constituye una sanción aflictiva y las medidas de seguridad disposiciones tomadas para evitar el acto infractorio.

3.- LA COACCION

Sanción y coacción no significan lo mismo, no son términos sinónimos. Mientras la sanción es consecuencia de la infracción de un deber jurídico, la coacción significa una acción -del Estado- dirigida al cumplimiento de la sanción.

Como lo recuerda Carnelutti coacción etimológicamente deriva de "cogere" que a su vez procede de com (que viene de cum) raíz de contra Y agere. La voz coacción significa contra-agere, una acción dirigida contra una persona. Se desprende de lo expuesto que la' coacción comprende los siguientes elementos: 1°-el incumplimiento de la norma; 2°-la intervención' de alguien contra el incumplido; y 3°-. la acción misma que contra él se ejerce.

Dicha acción no es sólo positiva, puede perseguir que el aujeto obligado realice una conducta o que se abstenga de ciertos actos, que haga o que omita.

La coacción significa pues, el empleo de la fuerza para lograr la realización del orden jurídico. El derecho surgió desde el momento en que la fuerza fue proscrita como medio para la solución de los conflictos entre los hombres, pero en su etapa final debe recurrir a la fuerza para alcanzar su plenitud. Sin embargo, se trata de dos posiciones distintas: en un caso fue la fuerza contra el Derecho; en el otro es la fuerza empleada por el Derecho.

4.- LA COERCIBILIDAD DEL DERECHO

Se ha discutido muy largamente sobre la relación que existe entre derecho y coacción.
Es necesario distinguir entre coacción -y coercibilidad. La primera significa el empleo actual de la fuerza para el cumplimiento de un mandato jurídico; la segunda es una simple

posibilidad de ese empleo sólo en el caso de violación de la norma.

Precisado el sentido de los términos, debe entenderse que el problema se refiere a la coercibilidad del derecho.

El derecho es coercible por naturaleza. Esta nota constitutiva de la norma jurídica deriva de su carácter esencialmente autárquico 13. Porque impone una conducta sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos, su aceptación o su reconocimiento. Este carácter de lo jurídico se justifica además por su finalidad: precisar los derechos y los deberes de los hombres, para lograr el orden social que no podría realizarse si quedara librado el arbitrio de los súbditos. Por eso se ha dicho que "un orden jurídico que constituyese un mero deber, cuya esencia se agotara en un puro debe ser sin más, no sería propiamente un orden jurídico. Derecho sin coercitividad es una contradlctio in adjectio. Por eso, en rigor, la tesis anticoercitivista es en el fondo anarquismo 2unque de ello no se den cuenta clara sus sostenedores" .

Sin embargo, se ha objetado el carácter coercitivo del derecho a través de varios argumentos que Del Vecchio ha refutado en forma decisiva.

Se ha expresado que el derecho se cumple por lo general "espontáneamente" y no por medio de la fuerza y que por eso la coacción es una anomalía, un caso excepcional y que, por tanto, puede ser concebido sin ella.

Pero, como lo nota Del Vecchio, no se trata de la violación misma del orden jurídico; sino que si puede ser violado en

cualqujer momento, es lógico que deba contar con un medio para defenderse de esa violación.
Se objeta, asimismo, que en muchos casos no es posible obligar al cumplimiento del deber impuesto por la norma.
Pero la dificultad para el cumplimiento no anula la posibilidad de la coacción, esto es, la coercibilidad.
Se ha agregado, que la coacción no puede ejercerse contra el Estado y además -otra forma de la misma objeción- que el particular (que no puede ejercer coacción contra otros sujetos por sí mismo) no tiene acción alguna contra los órganos del Estado para que éstos la pongan en práctica.

Los dos aspectos de esa dificultad carecen de fundamento. El Estado, denrto del orden jurídico, se halla sometido al derecho y la intervención de sus órganos, para ejercitar la coacción, ha significado un inmenso progreso humano orientado hacia la eliminación de la autodefensa.

Finalmente, se argumenta que existen algunas formas del Derecho, como las reglas del. Derecho Internacional Público, las obligaciones natura!es y los derechos de familia, desprovistas de coacción. En el primer caso, se trata de una rama del Derecho en evolución, en los otros de instituciones complejas -mejor quizá, intermedias- en las que se insertan principios morales y jurídicos.

QUINTA PARTE

EL DERECHO SUBJETIVO

CAPITULO I
EL DERECHO SUBJETIVO

1.- Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo. 2.- Existencia del Derecho Subjetivo.
3.- Definición del Derecho Subjetivo. 4.- Clasificación de 105 derechos subjetivos.

1.- DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

El término derecho se emplea para designar bien la norma jurídica o bien el poder o facultad que la misma norma reconoce en favor de un sujeto, sobre to que es suyo.

La primera acepción corresponde al derecho objetivo que es el que se halla constituido por "las proposiciones jurídicas tanto del derecho 'escrito como del consuetudinario" 1. La segunda, al derecho subjetivo, a ese ten'er derecho a, que reviste una gran variedad de formas.

Es necesario advertir que las expresiones "derecho objetivo" y "derecho subjetivo" no contienen conceptos opuestos; ambas formas del derecho se expresan a través de la norma y son inseparables. El ordenamiento jurídico constituye el derecho objetivo, y las faciJaades y los poderes que ese ordenamiento reconoce al hombre como persona, es el Derecho Subjetivo.

De aquí se desprende que hay error al referir los citados conceptos como contrarios. Al derecho objetivo se opone su negación; el concepto opuesto al derecho subjetivo es el de deber jurídico.

Consideradas las dos formas que reviste el derecho como íntimamente vinculadas, surge la cuestión que consiste en saber si hay precedencia histórica o lógica de una de ellas sobre la otra.

En atención al orden histórico, pese a las graves dificultades que suscita el problema, algunos autores creen que el derecho subjetivo ha antecedido al objetivo.

"Tengo derecho a andar por a calle; tengo derecho a que no se me arrebate la casa de mi propiedad; tengo derecho a recuperar la cosa que me ha sido hurtada; tengo derecho a exigir la devolución de mi cosa depositada; tengo derecho a cobrar la' cantidad que se me adeuda; tengo derecho a percibir mi sueldo; tengo derecho a gastar mi dinero en lo que me plazca; tengo derecho a donar, gravar o vender mi finca; tengo derecho a disponer de mis bienes para después de mi muerte mediante testamento; tengo derecho a contraer matrimonio, etc., etc.", Recasens Siches. Filosofía del Derecho, pág. 232.

"Sin hablar de garantías fundamentales, como los mandamientos, "no matarás", "no hurtarás" o "no cometerás adulterio" -escribe Vinogradoff- todas las normas jurídicas aparecen coI mo nexo necesario a alguna relación de la convivencia social y a veces resulta muy difícil decir si la norma precede a los derechos y deI be res implícitos en la relación o

viceversa. Desde el punto de vista hisI tórico parece más probable la última alternativa".

La tesis contraria considera que el derecho subjetivo deriva del objetivo, porque primero aparece la norma y posteriormente el derecho como facultad.

Desde un punto de vista estrictamente lógico, se sostiene que el derecho objetivo constituye factor determinante del derecho subjetivo, que no puede concebirse sin aquél.

Las dos hipótesis se sitúan en puntos de partida insostenibles el de la existencia de un facultamiento o autorización anterior o indel pendiente de la regla de conducta; y el de la existencia de ésta sin ordenar ninguna conducta. El problema debe considerarse no en términos históricos ni lógicos sino jurídicos. Las dos formas del derecho son inseparables y una de ellas no puede ser pensada sin la otra.

2.- EXISTENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO

La existencia del derecho subjetivo ha sido objetada, entre I otros tratadistas, por Duguit y por Kelsen.

El punto de vista de Duguit se resume en estas dos proposiciones: "1) No hay otro derecho que el objetivo; la idea de derecho subjetivo, desde cualquier punto de vista que se elija, es una noción vacía de sentido. 2) Todo el mundo está sometido al derecho objetivo; no sólo los individuos privados

sino también los funcionarios y los gobernantes, detentadores del poder en la agrupación que se denOmina Estado" 4.

La argumentación de Duguit se basa en el siguiente razonamIento: el derecho subjetivo "como cualidad propia de la voluntad que se imponga a otras" 5, supone un poder de mando del titular al que se halla sometida la voluntad "inferior" del ob! igado.
El derecho subjetivo así concebido --como esa especial cualidad de la voluntad humana- carece de existencia. Lo único real es el derecho objetivo como regla de disciplina social impuesta a los hombres.

Las normas de derecho objetivo no otorgan facultades a la voluntad humana porque aquellas carecen de ese poder sobrenatural que sería necesario para dotar al hombre de tal superioridad 6. Y si se considera que la norma obliga a ejecutar o no ciertos actos, que redundan en ventajas en favor de otros sujetos, no se trata, en ese caso, según Duguit, de derechos subjetivos, sino de situaciones juridic8s activas o pasivas. En tales casos, "el individuo está situado frente a la regia activa o pasivamente" 7. Dichas situaciones jurídicas revisten dos formas: son objetivas, si derivan de la norma, ya directamente o ya mediante un acto que las condiciona; y subjetivas, si presentan un carácter especial y temporal que desaparece con el ejercicio "'mismo del derecho.

Los actos juridicos tampoco crean derechos subjetivos, puesto que el papel de la voluntad no consiste en producir efectos jurídicos, sino solamente en "condicionar" la aplicación de la ley.

La Teoría Pura del Derecho, se sustenta, entre otros postu'ados, sobre aquel que establece que el derecho se identifica con el Estado que es la personificación del orden jurídico.

Dentro de esta teoría, no tiene cabida el derecho subjetivo en tanto que prerrogativa del individuo, a la manera como fue concebido por las doctrinas clásicas.
La norma primaria, según se ha visto antes, prescribe una consecuencia coactiva para la conducta antijurídica, mientras que la norma secundaria' precisa la conducta opuesta a la determinante del acio coactivo.

Cabe admitir, sin embargo, la existencia de derechos subjetivos (Berechtigung) -no como facultades- sino como las condiciones señaladas por las normas, que hacen depender de la declaración de voluntad de un individuo, la consecuencia jurídica que puede derivar a cargo del sujeto obligado.
Tal derecho subjetivo no posee distinta naturaleza que el objetivo. Es la forma misma que en tal caso (derecho subjetivo) depende de una declaración de voluntad individual y concreta, mientras que en el ámbito del derecho objetivo, nace de una declaración general y abstracta del legislador.

El derecho subjetivo, según Kelsen, es la facultad que corresponde al sujeto activo de pedir la aplicación del acto coactivo en cOF1tra del sujeto pasivo mediante una declaración de voluntad, en caso de una conducta antijurídica.

Las tesis objetivistas de Duguit y de Kelsen adolecen de graves errores. "Es imposible construir el derecho describe Dabin- sin la neción de derecho subjetivo" "porque ella es la traducción

ínmediata sin disimulo ni doblez, de una realidad elemental: la de que si los hombres están sometidos a una regla social que por otra parte existe para ellos y para su bien, son, sin embargo, seres individuales. La sociedad existe y, por consecuencia, la regla; pero también existe el individuo.

La sociedad y la regla social no suprimen el derecho subjetivo" .

La negación del derecho subjetivo nace de la confusión del derecho mismo con su ejercicio. La persona humana posee derecho sobre aquello que es lb "suyo", sobre todos los medios que le son indispensables para ser y para subsistir como tal. En la vida social, el ejercicio de tales derechos, depende de su libertad. ' , El derecho subjetivo tampoco se confunde con el poder que consiste en solicitar la aplicación del acto coactivo, como sostiene Kelsen, porque tal poder -y así lo reconoce el autor de la Teoría Purasólo nace cuando se incumple el deber del sujeto obligado en favor del creditor. Por otra parte, la existencia de derechos desprovistos de acción (las, obligaciones naturales) y la clara separación entre la. acción y el derecho (prescripción de acciones) demuestran que el derecho subjetivo no se identifica ni se reduce al acto coactivo.

3.- DEFINICION

El problema fundamental del derecho subjetivo se refiere a su naturaleza.

Numerosas teorías fundadas en la voluntad unas, en el interés otras, y tesis eclécticas, han tratado de buscar la respuesta a tan importante cuestión.

El voluntarismo, bajo la inspiración de la filosofía kantiana, vio en la voluntad la fuente del derecho.

El más grave inconveniente de tal punto de vista, que presenta al derecho subjetivo como nacido del poder de la voluntad, consiste en la limitación de su carácter social.

Savigny fue uno de los inciadoresde dicha doctrina. "El derecho considerado en la vida real, escribio, abrazando y penetrando por todos los lados a nuestro ser, aparece como un poder del individuo,-y reina con el consentimiento de todos. A tal poder - o facultad lo llamamoS nosotros derecho y algunos derecho en sentido subjetivo".

Fue Wjndscheid, quien expuso en forma sistemática dicha tesis.

De acuerdo con las ideas de este autor, la voluntad del titufar es decisiva para el nacimiento del derecho y puede revestir dos formas: como facultad de imponer a otro u otros el hacer o no hacer algo, mediante su voluntad que es el, medio de que se vale para poner en ejecución la regla; o como poder del misrno titular de crear, mod\ficar o suprimir derechos de la primera categoría. El derecho subjetivo en las dos formas citadas' es una potencia de la voluntad (Willensmacht) y- es el poder de la voluntad (Willemsherrschaft) acordado por el ordenjurrdico.

La doctrina de Windscheid ha sido objeto de numerosas críticas. Ihering observó que el derecho subjetivo consiste más bien, en el interés protegido por la voluntad, pero que los derechos subjetivos de los incapaces (menores, alienados), cuya voluntad no es tomada en cuenta por el orden iurídico, no podrian explicarse por una teoría exclusivamente voluntarista.

Para salvar tales objecioríes, en lo referente a los derechos de la primera categoría (potencia de la voluntad)., Wingscheid, aceptó al comienzo, que no se trata de la voluntad del titular sino, de "cierto contenido" de la misma. Posteriormente, se refirió a la "voluntad del orden jurídico" y no a la voluntad del titular, lo que significa una negación de su punto de partida. La diferencia entre los derechos de la segunda categoría -considerados como poderes de la voluntad- y los anteriores, no se justifica dentro de esta doctrina.

En el fondo del problema, se halla la necesidad de distinguir el derecho subjetivo en sí, de su eje-rcicio. "La voluntad de1 titular del detecho (o de su representante) es necesaria para su ejecución, pero presupone lógicamente- el derecho, un derecho existente y actual",

La teoría del interés, opuesta a la de la voluntad, tiene su origen en Ia obra del gran jurista alamán Rodolfo V. Ihering.

Ihering define los derechos como "intereses jurídicamente protegidos" cuyos elementos constitutivos son dos: "uno sustancial que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias que esto aseguran; y otro formal, que refiere a ese fin únicamente como medio, a saber, protección de derecho, acción de la justicia".

Al analizar esos elementos, Ihering destaca que "utilidad, bien, valor, goce, interés" constituyen la sucesión de ideas que despierta el primero 18 mientras que el segundo, la protección jurídica, es!á constituido por la acción que es la "verdadera piedra de toque de los derechos privados. Allí donde no hay

lugar para la acción, agrega, el derecho civil deja de proteger los intereses y la administración ocupa su puesto".

El pensamiento de Ihering ha suscitado una amplia controversia.

El interés no puede constituir el elemento "sustancial" del derecho, porque, como el mismo Ihering lo admitió, el interés por sí solo no crea sino un "estado de hecho, de utilidad, de goce" . Tampoco es la acción ese elemento, puesto que su papel es sólo el de medio, relacionado con el fin del derecho.

Si se considera, por otra parte, la influencia del segundo elemento sobre el primero, tampoco se llega a esclarecer la esencia del derecho subjetivo, porque la simple protección jurídica no puede transformar sustancial mente el interés -que es un hecho- en derecho.

El error de la doctrina se halla en la inexacta interpretación de la naturaleza del interés y de su relación con el derecho. El derecho no es un fenómeno psicológico o social, sino algo diferente. "Es posible que el derecho subjetivo se identifique con el interés del sujeto, pero visto bajo un cierto aspecto que le confiere el carácter de derecho y falta precisar y definir ese aspecto único constitutivo del derecho. Contentarse con referir el derecho a un interés, aún cubierto con la protección jurídica, es renunciar a definir el derecho por lo que es en sí mismo. El interés es prejurídico (es la materia o el fin del derecho); la protección es post jurídica (supone el derecho); el derecho, que se sitúa entre los dos, se ha pasado en silencio".

Las doctrinas que combinan los dos elementos -voluntad e interés- se originaron en el pensamiento de Bekker y han sido seguidas, entre otros autores, por Jellinek, Saleiles, Michoud, Vanni y Coviello.

Estas teorías consideran que el derecho subjetivo es "el poder de la voluntad humana dirigido hacia un bien o interés" reconocido o protegido por el orden jurídico o que es "un interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual".

La verdadera naturaleza del derecho subjetivo escapa también a este intento de explicarlo por la voluntad y el interés reunidos.

El error común de todas las tesis expuestas, consiste en considerar que la esencia del derecho subjetivo es un hecho psíquico, ya sea que se llame voluntad en su sentido de querer, o interés en su significado de goce sobre determinados bienes.
El derecho subjetivo, como también el derecho objetivo, no están constituidos por fenómenos psíquicos. Pertenecen al mundo de la cultura que es el reino de las objetivaciones del espíritu. Su raíz se encuentra en la persona humana con su constitutiva vocación, su medida y su inspiración en el valor y su expresión en la norma.

El derecho subjetivo se sustenta sobre un concepto fundamental: lo que corresponde o pertenece a cada hombre como suyo. En este sentido, como ha escrito acertadamente Dabin, "dar a cada uno sus derechos (suum cuique tribuere) es otorgar a cada uno lo suyo".

Lo suyo puede ser considerado tanto desde el lado del sujeto como del que corresponde al objeto. Desde aquél se halla constituido por todo aquello que su dignidad exige para que pueda lograr su fin dentro de las exigencias de la justicia; desde éste, significa lo que es atribuido, lo que pertenece a un sujeto, de acuerdo con lo que prescribe la norma.

Tal prescripción señala el límite que debe existir entre la esfera del titular del derecho y de los demás sujetos. La potestad que cada persona tiene sobre lo suyo se extiende hasta donde comienza la de los otros sobre lo que les pertenece.
Los elementos constitutivos del derecho subjetivo son la pertenencia de un bien o de un valor a una persona y el dominio o poder de disposición que sobre ellos le corresponde en orden a la realización de su fin racional. Sus notas extrínsecas son: la inviolabilidad y la exigibilidad de- aquello que es suyo.

Los elementos connotativos del concepto "lo suyo" son la inviolabilidad y la exigibilidad.
La protección que" confiere el derecho objetivo consiste en la garantía de inviolabilidad y en la exigibilidadmediante la acción.

En consecuencia, puede definirse- el derecho subjetivo como "la protección que otorga el orden jurídico a una persona garantizándole la inviolabilidad y la exigibilidad de lo suyo".

El último concepto, cOmprendido en la definición anterior, no posee un significado absoluto. Lo suyo es aquello que se reconoce y se otorga a cada persona en justicia cuyo contenido es la roeta ideal del derecho.

La voluntad y el interés no son elementos constitutivos del derecho subjetivo sino medios o requisitos para su ejercicio.

4.- CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Los derechos subjetivos han sido clasificados de acuerdo a diversos criterios.

El jurisconsulto romano Gayo en las "institutas" separó los derechos de las personas, de las cosas y de las acciones.

La citada división mantuvo - su vigencia por mucho tiempo y fue adoptada por códigos modernos como el Código Civil francés de 1604, el Código Civil Peruano de 1852 y el Italiano de 1865.

Windscheid distinguió los derechos subjetivos absolutos dé los relativos. Según este eminente tratadista "derechos absolutos son los que tienen eficacia sobre cualquiera; relativos aquellos que la tienen sobre una persona singular, o sobre un limitado número de personás" .

Los conceptos de derechos absolutos y relativos han sido precll sados con claridad y nitidez por Du Pasquier. "Los derechos relativos, dice, valen frente a una o varias personas determinadas, mientras los absolutos existen frente a todas. La categoría típica de los derechos relativos es la de los derechos de crédito, llamados también "derechos personales", en oposición a los reales. Estos últimos representan el grupo más característico de los derechos absolutos. La distinción se funda en la naturaleza del sujeto pasivo y de la prestación. El derecho

es absoluto cúaodo los sujetos pasivos constituyen la universalidad de las personas,: á quienes se impone una prestación negativa, es decir, una abstención; por ejemplo: el derecho que cada quien tiene sobre, su propio nombre, obliga a los demás a abstenerse de usurparlo (Codigo Civil Suizo, artículo 28). Los demás derechos son relativos; por ejemplo: los que derivan de un convenio. Sólo pueden ser sujetos pasivos las personas que han sido "partes" en el mismo o sus causahabientes".
Son derechos absolutos, según Winsdcheid, los derechos reales, los derechos sobre la propia persona y los de familia. Los relativos nacen de convenciones o de contratos.

Savigny clasificó los derechos "según sus relaciones orgánicas con la naturaleza misma del hombre" en derechos de los bienes y derechos de la familia y sucesiones. Los primeros se subdividen en derechos sobre las cosas y obligaciones; los segundos comprenden los dé intervención del Estado, etc.

Roguin divide los derechos subjetivos en absolutos, relativos y monopolios. Pertenecen a la primera categoría: a) los derechos autopersonales (al nombre, hablar, caminar); b) los potestativos o sobre la persona de otro (patria potestad, tutela); c) los reales (que pueden ser sobre cosa propia como la propiedad, y sobre cosa ajena, como el usufructo). Corresponden al segundo grupo las obligaciones o derechos de crédito. Los llamados "monopolios" (de derecho privado) según Roguin, son los derechos intelectuales (propiedad intelectual) y los derechos industriales (marcas, patentes).

A estas clasificaciones de los derechos subjetivos debe agregarse la que los separa en derechos públicos y privados. Sobre elcriterio en que se sustenta dicha clasificación no existe acuerdo entre los tratadistas (interés público o privado), naturaleza de la relación, modo - de intervención del Estado, etc.).

Si se acepta el criterio histórico-sociológico de Vinogradoff, pueden distinguirse los siguientes grupos de derechos subjetivos: a) los que se congregan en torno a la idea de personalidad, constituídos por las primeras pretensiones del hombre sobre su vida, su integridad corporal, su libertad y su honor; b) los que pertenecen al orden de la propiedad y protegen "'los resultados de la conquista y del trabajo"; c) los de autoridad que nacen del ejercicio de la voluntad en h:is organizaciones sociales (familia, Estado, etc.); d) los que reconocen como fuente "acuerdos entre personas que tienen capacidad para concertar tales acuerdos"; e) los que nacen de "daños causados por otras personas"; y f) finalmente "el complejo sistema de derechos ejercitados por el Estado y los funcionarios, cuando actúan en calidad de tales".

Kelsen, bajo el título de "La relación activa, pasiva y negativa del pueblo estatal con el orden jurídico: deber, derecho, subjetivo, libertad" trata del problema de la conducta humana como contenido del orden jurídico.

El hombre, según el autor de la Teoría Pura del Derecho, puede hallarse en una triple relación con el orden jurídico: 1) está sometido a la norma y en tal caso su relación es de pasividad. En esta situación su conducta constituye el contenido de un

deber jurídico, puesto que con la conducta contraria de la debida va enlazada la coacción jurídica 2) produce la norma, participa en su creación de algún modo, y su relación es de actividad; y 3) es libre frente a la norma, no tiene con ella relación alguna, su posición es de negatividad.
Por la manera como la conducta humana condiciona la creación de la norma, general o individual "y según cual sea la forma en la que esta norma individual es creada, distínguense unos de otros los derechos subjetivos, y resulta posible diferenciar varios grupos de facultades. Los derechos políticos constituyen las "condiciones" de la creación de las normas generales y se les puede definir como "aquellos que conceden al titular una participación en la formación de la voluntad estatal". Tales derechos se ejercen directamente por el pueblo (democracia directa) o mediante la elección de representantes (derecho subjetivo de los electores) que son quienes formulan las normas generales (derecho de tos elegidas). El hecho condicionante, en la creación de las normas individuales, puede no contener la manifestación de la voluntad del obligado (acto imperativo del Estado; sentencia judicial o resolución administrativa; voluntad del perjudicado: acción) o puede contenerla (el negocio jurídico del contrato).

Recasens Siches considera tres clases de derechos subjetivos.

La primera, está constituída por aquellos derechos que son el reverso del deber jurídico impuesto por la norma a los demás con independencia de la voluntad del titular del derecho. Tales son los derechos a la vida, los derechos de libertad, de disfrute de cosa propia, etc. En este caso el derecho a obrar libremente (y no a hacer concretamente esto o lo otro) y no precisa una

declaración expresa de voluntad de dicho titular. La segunda, comprende aquellos que constituyen pretensiones o facultades otorgadas por la norma para exigir de otra persona el cumplimiento de un deber jurídico mediante el aparato coactivo del Estado. Tal es el caso de los derechos de crédito, por ejemplo. Pertenecen a la tercera clase, los derechos subjetivos con poderes de formación jurídica, que son facultades que la norma atribuye a una persona para determinar el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas. El propietario puede vender, donar, hipotecar, etc., un bien.

Dabin clasifica los derechos subjetivos atendiendo a su contenido: en derechos de la personalidad que son los que tienen por objeto "los e:ementos constitutivos de la personalidad del sujeto tomado en sus multiples aspectos, físico, moral e individual y social" y se refieren ya al ser del hombre (su cuerpo, sus miembros, su honor) o a su obrar (libertad); derechos sobre las cosas materia:es e inmateria!es (reales e intelectuales); y derechos sobre la persona de otro (de crédito o de obligación). Según el mismo autor, en cuanto al sujeto, los derechos pueden ser individuales y corporativos; en cuanto a su fin, derechos con fin egoísta y derechos función.

Los derechos subjetivos han sido divididos, además, a la luz de otros criterios que fácilmente se intuyen del enunciado de los miembros de las diversas clasificaciones. Citamos, en vía ilustrativa, las siguientes: patrimoniales (derecho de propiedad), no patrimoniales (derechos políticos); inmediatos (derechos sobre el cuerpo); diferidos (los que nacen de contratos); potestativos (el titular los ejerce a su arbitrio); de ejercicio obligatorio (autorización al titular vinculada a un deber o

prohibición); derechos fines (facultan una conducta; ejemplo: el de propiedad); derechos medios (protegen la conducta facultada; ejemplo: la posesión); de duración ilimitada (la propiedad); de duración limitada (un derecho de crédito); independientes (la mayoría de los derechos) y dependientes de otro derecho (el derecho de libertad, el de optar), renunciables e irrenunciables. .

De la combinación de las clasificaciones de los derechos en ab.so lutos y relativos, por una parte, y en públicos y privados, por otra, García Maynez propone el siguiente esquema: A) Derechos absolutos: privados (derechos reales), públicos (libertad jurídica). B) Derechos relativos: privados (derechos personales); públicos (derecho de acción, derecho de petición y derechos políticos).

CAPITULO II

LOS DERECHOS HUMANOS

1.- Nociones generales sobre los Derechos Humanos. 2.- Clasificación. 3. Evolución del pensamiento filosófico-iurídico 4. Las Declaraciones y Convenciones intemacionales sobre Derechos Humanos.

1.- NOCIONES GENERALES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Características de este siglo, desde fines de su segunda mitad, es el anhelo hacia un humanismo fundado en el reconocimiento y el amparo de los derechos humanos para todos los hombres.

No se trata solamente de una aspiración universal de libertad 'sino de igualdad -de razas, pueblos, sexos, religiones, idiomas- y, en el mismo sentido de la vigencia plena de otros derechos.

Los siglos anteriores proclamaron y reclamaron con énfasis los derechos politicos -llamados también libertades- que corresponden al hombre como ciudadano frente al Estado con miras a participar en su vida y poner atajo a sus extralimitaciones, para alcanzar una democracia política. La presente centuria ha puesto énfasis en los llamados derechos económicos, sociales y culturales -a la subsistencia, considerada como alimentación, vestido, vivienda, salud; a la seguridad social, a la educación, a la cultura, al trabajo- medios para lograr una democracia social base de aquella democracia polltica.

Los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona, como los denomina la Carta de las Naciones Unidas, constituyen potestades de aquella sobre sus atributos físicos, psíquicos y espirituales y sobre sus bienes, para alcanzar una existencia digna bajo la garantía del Estado y de la sociedad.

Tales derechos no solo protegen a las personas individuales sino que se extienden en favor de comunidades naturales como la familia los sindicatos, las corporaciones, los -grupos minoritarios y aún en favor de los pueblos subdesarrollados.

Diversas han sido las denominaciones que han recibido los derechos humanos: la Declaración de Independencia de ,los Estados Unidos de América los, denomina "inalienables"; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Révolución francesa los llama -en su prólogo "naturales,

inalienabJes y sagrados"; "naturales e iropresc,riptibles" en su artículo 29; "los más preciosos del hombre"en su artículo 119; e "inviolables y sagradas" en el artículo 179, al referirse a la propiedad. También se les ha señalado como "esenciales", "universales", "innatos", "absolutos", "apriorísticos" y de exigen~ia inmediata. Dada la importancia que reviste el trabajó se les ha considerado como "derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador" .

Los Derechos Humanos pertenecen a la categoría de los derechos subjetivos que, según Legaz Lacambra,.. podrían dividirse en "derechos fundamentales, de la persona", "derechos estatutarios" y "derechos subjetivos en sentido técnieo-jurídico". Tales derechos no se confunden ni con los derechos de la personalidad o con el derecho general de personalidad, que se halla dotado de protección privada, ni con los derechos públicos subjetivos que exigen "el carácter colectivo de uno al menos de los intereses' en conflicto", cuya tutela se confiere a alguno de los intervinientes.

2.- CLASIFICACION

Los derechos humanos fueron clasificados en el siglo anterior en civiles o privados, llamados políticos y públicos a cuyos grupos se agregó el de los "mixtos". Se consideraba entre los primeros aquellos que pertenecen al hombre como tal, entre los segundos los que le corresponden como miembro de una organización poUtica y entre los últimos a los dotados de los caracteres de unos y otros como los de reunión, asociación, petición.

Algunos autores; como Legaz Lacambra, separan entre los derechos de la persona los que tiene sobre su sustento físico, sobre el mundo exterior, los que le tocan en el plano de su vida social y en el plano de su vida personal, fundados estos últimos en él derecho a la intimidad, sustento de otros derechos.

Los derechos constitucionales han sido clasificados por Sánchez Agesta en cuatro grupos: a) derechos civiles que comprenden la intimidad personal, la seguridad personal, la seguridad económica y la libertad económica; b) derechos públicos o de intervención en la formación , de la opinión pública; c) derechos políticos o de participación en la vida del Estado; y d) derechos sociales entre los que considera el derecho al desenvolvimiento personal, y los derechos sociales estrictos, que implican la prestación positiva del Estado inspirándose en los principios de justicia y seguridad social, El tratadista Georges Burdeau distingue los derechos individuales de los sociales. Los primeros "son libertades porque realizar:as corresponde al individuo mismo; delimitíin un dominio cuyo rendimiento depende de sus inciativas,' de su habilidad y de sus posibilidades. Los derechos sociales, al contrario, no son sino vocaciones a la libertad. EIlos no definen una libertad, anuncian una liberación", Estos derechos que significan medios de lucha contra cualquier forma de opresión, reconocen no a "un ser abstracto sino al hombre situado", como consagración jurídica de exigencias que constituyen verdaderos "créditos" que tiene el sujeto a cargo de la sociedad.

Maritain cOnsidera que corresponden a la persona humana tres clases de derechos: derechos como tal, es decir, como persona;

como persona cívica y como persona social, especialmente como persona obrera.

Del examen de la Constitución "Gaudium et spes" del Concilio Vaticano, el profesor Joaquín Ruiz Giménez sistematiza en siete grupos los derechos y libertades fundamentales del hombre:
1) derechos fundamentales de la persona humana (a la vida, a la vida libre del espíritu, respeto a la conciencia, a la libertad de investigación, a la educación y a la cultura);
2) derechos de la persona humana como ser social o comunitario "in genere" (derecho a vivir en sociedad, a una vida social libre y solidaria; a la igualdad y a la justicia; a participar en las diversas funciones sociales; a la justa distribución de los medios materiales; a la formación cultural; a la información; a la seguridad en la convivencia);
3) derechos de la persona como ser familiar y doméstico (a formar un hogar, a la procreación responsable, a la educación, al progreso de la comunidad familiar en sí misma);
4) derechos de la persona humana como trabajador (derecho del hombre a ser respetado en el despliegue de sus energías; derecho al trabajo -prestación en condiciones dignas, remuneración, racionalización- derecho a la formación profesional, al descanso, derecho a participar en el desarrollo de la comunidad; a participar en la gerencia y en los frutos de la empresa; a la estabilidad; a la defensa del trabajo; a la sindicación; a la propiedad);
5) derechos de la persona humana como ser político (a tener ciudadanía, a participar libremente en la constitución de un régimen político, derecho de reunión, de asociación, de sufragio, derecho de fiscalización, derecho de defenderse contra el abuso de la autoridad);

6) derechos del hombre como ciudadano del mundo; y
7) derechos de la persona como ser religioso.

Por nuestra parte consideramos que cabe la siguiente clasificación de los derechos humanos: 1) derechos de protección de la vida natural del hombre (la vida, la integridad, la honra, la libertad y la seguridad); 2) derechos de protección espiritual de la persona (libertad de pensamiento y derechos a la educación y ala cultura); 3) protección de la vinculación del hombre con otros (reunión, asociación, manifestación, sindicación); 4) derechos políticos; y 5) derechos sobre los medios. necesarios para alcanzar una subsistencia digna: alimentación, salud, ha- , bitación, vestido, trabajo, seguridad social y propiedad 1°.
Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Tratado de San José de Costa Rica, distinguen los derechos civi'es y los políticos de los económicos, sociales y culturales.

3.- EVOLUCION DEL PENSAMIENTO FILOSOFICO-JURIDICO

La antigüedad clásica afirmó teóricamente el valor del hombre en un mundo que desconoció la libertad y la igualdad para la mayoría del pueblo. Sólo los estoicos pensaron en una esencia común como base de la fraternidad humana.

La doctrina de los derechos humanos tuvo o como primer sustento al cristianismo que enseñó que la persona humana ha sido creada a imagen y semejanza de Dios y reconoció la igualdad o de todos los hombres.

Si es cierto que la Iglesia no atacó de frente la esclavitud, y recomendó a ,las esclavos obediencia a sus amos y a estos que fueran humanos con aquellos subrayando que ante Dios no existen ni esclavos ni dueñas, pero este consejo significa, como señala Gustavo Thibon, "obedeced y mandad en la libertad del amor, suprimid en vuestras relaciones la sumisión servil del esclavo y la brutalidad dominadora del dueño, es decir, destruid en el fondo de vosotros mismos la realidad invisible de la esclavitud".

Los derechos humanos reconocidos en la Edad Media tuvieron carácter "estamental". "La pertenencia a un estamento, orden o estado (Stand, etat) determinaba así, cual fuera el patrimonio jurídico de cada cual, su situación en el todo social" .

Antecedieron a la "Carta Magna" que según frase de André Maurois, los barones ingleses arrancaron "espada en mano" al rey Juan Sin Tierra en 1215 en defensa de sus libertades, los fueros españoles de León, Jaca, Surgos, Nájara, To.ledo, Calatayud, Organzón, y el Pacto de Sobrabe (de 1020 a 1181) dictados en' favor de esas ciudades.
En la edad moderna, las ideas de filósofos individualistas, Hobbes y Locke, influyeron en otras regulaciones inglesas como la "Petición de Derechos" firmada por Carlos I en 1629, la' ley de Habeas Corpus de 1679 y la Declaración de Derechos, que con Jacobo de Orange en 1689, tendió a la consolidación de la monarquía parlamentaria.

Dentro de la misma filosofía individualista, "El Contrato Social" de J.J. Rousseau (1762) enseñó que los derechos innatos del

individuo no se transfieren al Estado que los regula mediante la ley que expresa la voluntad general.

La filosofía de Kant proclamó "más que la existencia de derechos humanos, la de un único derecho natural de la personalidad, el de libertad, que compendia y resume todos los demás derechos innatos del hombre" .

Para la Constitución del o Estado de Virginia, obra de Roger Mason, aprobada el 12 de junio de 1776, "todos los hombres están dotados por la naturaleza de ciertos derechos inalienabl'es" anteriores a la existencia del gobierno y superiores en jerarquía. Este documento agrega, que el poder reside en el pueblo, que su finalidad es el común beneficio de éste, el mismo que tiene el derecho de cambiarlo, reformarlo o abolirlo cuando resulte inadecuado. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 4 de julio de 1776 reconoce los mismos principios.

Merece consideración especial la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" proclamada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, que ha sido considerada como "credo de la nueva época" y modelo de la gran mayoría de constituciones políticas posteriores.
Reconoce tal documento en su preámbulo "en presencia y bajo los auspicios del ser supremo" que "la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre" constituye la sola causa de la. "infelicidad pública" y de la "corrupción del gobierno". El texto de la declaración proclama que "los hombres nacen libres e iguales en derechos"; que el objeto de toda sociedad política "es la conservación de los

derechos naturales e imprescriptiblesdel hombre" y que tales derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. La libertad "consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro", sus límites "como los que corresponde a los otros derechos, los señala la ley, que es la expresión de la voluntad general".

Posteriormente, la importancia creciente del trabajo a la vez que el aumento de la miseria de las clases laboristas, la difusión de las doctrinas sociales, el incremento de la industria, la revolución de la técnica y fenómenos de política internacional y de política interna en k>s diversos países, han contrbuido a subrayar la exigencia de los derechos sOicales, económicos y culturales en favor de todos los hombres.

.4.- LAS DECLARACIONES Y CONVÉNCIONES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

La aprobación de declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos constituye una de las más notorias características de la nueva época en el ámbito jurídico. La Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó, después de la segunda guerra mundial, el 10 de diciembre de 1948, la "DeclaracióR Universal de Derechos Humanos" , que consagra el respeto a la libertad en sus diversas formas, a la igualdad, a la vida, a la integridad, a la personalidad jurídica, a debido proceso, a la intimidad, al asilo, a la nacionalidad, a contraer matrimonio y fundar una familia, a la propiedad individual o colectiva, a la libertad de pensamiento, de opinió l1, de reunión, a participar en el gobierno de su país directamente o mediante

representantes libremente elegidos e incorporarse en condiciones de igualdad a la función pública; a la seguridad social y a satisfacer sus exigencias económicas, sociales y culturales; al trabajo, al descanso, a un nivel de vida adecuado; a la educación, a la cultura y al estab:ecimiento de un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados se hagan plenamente efectivos.

A fin de alcanzar la vigencia de la "Declaración", las Naciones Unidas aprobaron el 16 de diciembre de 1966 los Pactos sobre derechos Civiles y Politicos y sobre Derechos económicos, sociales y culturales y un Protocolo facultativo.

Los países del Consejo de Europa aprobaron el 4 de noviembre de 1950 la "Convención europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales" o Tratado de Roma, que establece una Comisión y un'á Corte europea sobre derechos humanos ante las cuales se puede solicitar amparo agotada la tramitación nacional.

En América, el 19 de mayo de 1948, la IX Conferencia Internacional Americana reunida en Bogotá, consagró la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre". Además de contener los mismos derechos que la Declaración Universal, con ligeros cambios, señala los deberes del hombre: convivir con los demás armónicamente; de los padres para con los hijos y de éstos hacia aquéllos; "adquirir a lo menos instrucción primaria"; sufragio, obediencia a la ley y a los -mandamientos legítimos de la autoridad; prestar servicios civiles y mi:itares y servir cargos de elección popular; cooperar en la asistencia Y seguridad sociales; pagar impuestos; trabajar;

y no intervenir en actividades políticas privativas de los ciudadanos en país extranjero.

En 1960 fue creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente el 22 de noviembre de 1969, bajo la influencia de Convención Europea de 1950 y de los Pactos de las Naciones Unidas de 1966, los países del Continente aprobaron la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" o Tratado de San José de Costa Rica que reestructura la Comisión y crea una Corte Americana de Derechos Humanos, que funciona en San José de Costa Rica desde el 3 de setiembre de 1979.

La Iglesia, de modo especial en las encíclicas "Mater et Magistra", "Pacem in Terris" de S.S. Juan XXIII y "Populorum Progressio" de S.S. Paulo VI, y en la Constitución "Gaudium et Spes" aprobada por el Concilio Vaticano II, ha marcado la necesidad y la urgencia de un pleno reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre.

CAPITULO III

EL DEBER JURIDICO

1.- Naturaleza del deber jurídico. 2.- Deber jurfdico y deber moral.
3.- La obligatoriedad del deber jurídico.

1.- NATURALEZA DEL DEBER JURIDICO

El problema del deber jurídico, pese a su importancia, ha merecido hasta hace poco escaso interés entre los juristas por dos razones: porque se ha considerado que su examen no corresponde al Derecho sino a la Moral, y porque las disciplinas jurídicas se han referido de modo preponderante a los derechos, y de manera muy secundaria al deber.

Tres actitudes teóricas enfocan el problema de la naturaleza del' deber jurídico. Según algunos juristas no existen deberes jurídicos; según otros, los deberes jurídicos poseen existencia y caracteres propios que los diferencian de los deberes morales; y, finalmente, una tercera posición doctrinaria identifica ambas clases de deberes.

Partidario de la primera tesis, Julius Binder negó en forma terminante la existencia de los deberes jurídicos. "EI deber no es un concepto jurídico" dijo, para agregar, "el derecho no nos obliga jurídicamente a nada".

Radbruch tampoco admite los deberes de mera legatidad. "Un deber de mera legalidad, expresa, es una contradicción en sí cuando se comprende por deber una, relación de subordinación de la voluntad a la norma; apenas cabe otra determinación conceptual" .

La obra de Thomasio "Fundamentos del Derecho Natural" presenta separados a los deberes morales de los jurídicos,

atribuyendo a unos y otros caracteres propios. Thomasio reconoce a la moral la nota de interioridad y la de exterioridad al derecho. El cumplimiento de la obligación interna hace al hombre virtuoso; lo que realiza por obligación externa lo hace justo.

Bajo la influencia de Thomasio, Kant ahondó la diferencia entre la moral y el derecho, atribuyéndoles las notas de interioridad y exterioridad, respectivamente.
El deber dice Kant "es la acción a que una persona está obligada" .
Los deberes se clasifican, según el citado filósofo, en "deberes de derecho (officia juris), es decir, deberes tales que su ! egislación puede ser exterior, y deberes de virtud (officia virtutis seu ethica) que no son susceptibles de semejante legislación. Estos últimos deberes no pueden someterse a una legislación exterior porque tienen un fin (el de tenerlos) el cual es al mismo tiempo un deber. Ahora bien, ninguna legislación puede hacer que nos propongamos un fin (porque esto es un acto interno del espíritu) aun cuando pueda ordenarse y prescribirse acciones exteriores que conduzcan a este objeto, sin que el sujeto se las proponga como fin" .
La legislación moral tiene como carácter "ejecutar actos sólo por el hecho de que son deberes" mientras que "en la legislación jurídica los deberes no pueden ser más que externos" .
Para Kichmann, los elementos del deber son: la representación del mandato y el sentimiento de respeto. Cuando este último se refiere a la autoridad se trata de deber jurídico.
La Teoría Pura del Derecho opone también el deber jurídico al deber moral.

El deber jurídico, según Kelsen, no es una vinculación psíquica de carácter real sino jurídica. Existe independientemente de cualquier relación que pudiera darse como constitutiva de la conducta que tenga por contenido .

. Por tal razón, el deber jurídico "subjetivo", considerado como una vinculación jurídica, es esencialmente "objetivo". El deber y la facultad constituyen la norma concreta individual.

Kelsen entiende por deber jurídico el deber coactivo. "Un hombre está obligado jurídicamente a una determinada conducta en la medida en que la conducta opuesta está establecida en la norma jurídica como condición de un acto coactivo" Desde el punto de vista moral se está obligado a no robar, "lo jurídico es tan sólo el deber de castigar el robo".
El criterio de Recasens Siches es semejante. Existe un deber jurídico, según este autor, cuando "alguien se halla situado en relación con la norma, de tal modo que si no se conduce de aquella manera, podrá ser objeto de coacción impositiva de carácter inexorable".
Esto significa, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la Moral, que allí donde no sea posible imponer una coacción inexorable al sujeto "es evidente que no hay deber jurídico" .
¿Cuál es la fuente de los deberes jurídicos? La norma jurídica responde Recasens Siches. Todas las normas crean deberes, y el deber jurídico es tal porque existe una norma jurídica que así lo determina.

El deber jurídico se basa en la norma "pura y exclusivamente" .
Para Santo Tomás el deber jurídico constituye una categoría del deber moral.

El derecho, que es el poder que corresponde al hombre sobre todos los medios que son necesarios para alcanzar su fin racional, implica la obligación de reconocer a los otros lo que les pertenece en orden al mismo fin. El deber, correlativo al derecho, que significa dar a los demás lo que se les debe, constituye un acto de justicia y el ejercicio de esta virtud es algo bueno, es moral.

Otros autores fundan la obligatoriedad del derecho en la moral como fuente de deberes auténticos. "La autoridad subjetiva del sentimiento moral, escribe Schlossmann, está por encima de la autoridad objetiva del Estado. El derecho no tiene fuerza obligatoria alguna" más que en la medida en que coincide con la moral; sólo ésta pueda estatuir auténticos deberes. Una norma jurídica que es interiormente desapercibida no obliga".

Jellinek considera que el deber jurídico se impone sólo como "auto-obligación" es decir, como deber moral. Según Radbruch, habría que entender como deberes de mera legalidad aquellos que significan "una Obligatoriedad del cuerpo sin una obligatoriedad simultánea de la " voluntad" 14. La posición asumida por Laun, para quien se da una verdadera unidad entre derecho y moral, es semejante.

2.- DEBER JURIDICO y DEBER MORAL

Los deberes morales y los deberes jurídicos constituyen dos especies del deber; los últimos corresponden al ejercicio de la virtud de la justicia, los primeros a las demás virtudes. Como ejercicio de la justicia en tanto que virtud, el deber jurídico exige que intervenga el animus del agente porque sin éi "tendremos el iustum pero no el iustificatio; tendremos la justicia-orden social,

no la justicia virtud. Esta última, en cuanto tal, tiene todas las exigencias de las virtudes morales. En consecuencia, cuando hemos pagado una deuda, sin voluntad o con voluntad contraria, no podemos decir que hemos practicado la virtud de la justicia, sólo podemos decir que hemos cumplido un acto de justicia" 15.

Los deberes morales y los deberes jurídicos se relacionan de acuerdo con el modo como se cumplen y por las consecuencias que determinan en el sujeto.
Tanto la una como la otra clase de deberes, implican su reconocimiento por el sujeto obligado, del cual deriva la adhesión de su conciencia y su cumplimiento. Sin el reconocimiento y la adhesión de la conciencia, no se da el deber. "La coacción coacciona pero no obliga" ha dicho muy certeramente Welzel16. , Asimismo el cumplimiento o el incumplimiento de los deberes morales y jurídicos -en tanto que deberes y no simples órdenes- perfecciona o degrada a su destinatario.
Si es cierto que ambas formas prescriben la realización de valores, los deberes morales apuntan hacia valores individuales y los jurídicos hacia valores sociales, son deberes de convivencia (con-vivir o vivir con) que nos imponen que consideremos a los otros como personas, para que ellos nos atribuyan ese carácter.

Sus diferencias se refieren a la naturaleza de las obligaciones que señalan y a los alcances del derecho. Las obligaciones que prescribe la moral son incondicionadas, no así el derecho que enlaza bilateralmente las conductas de los hombres, de donde deriva su carácter de exterioridad, ya que sólo en este ámbito pueden manifestarse las relaciones intersubjetivas.

Puede darse la figura de la superposición de los dos tipos de deberes (el deber moral que obliga a cumplir el derecho) pero, como anota Recasens Siches, es fácil distinguirlas. La obligación de decoro que tienen los hombres de cumplir el derecho positivo, dice, "es un deber moral cuyo contenido viene determinado por el derecho y no es el deber jurídico específico creado por la norma jurídica. El deber moral de cumplir lo ordenado en la norma jurídica, tiene como contenido esa norma pero no se funda en ella sino que se basa en valores morales.
En cambio, el deber jurídico propiamente tal es una situación que se apoya en la norma jurídica y que dimana de ella; aparte de que, además, por razones morales, exista también el deber moral de ajustar la conducta a lo preceptuado por el Derecho".

3.- LA OBLIGATORIEDAD DEL DEBER JURIDICO

. Al discutir el problema relativo a la obligatoriedad de las leyes humanas en el fuero de la conciencia, enseña Santo Tomás, que deben ser obedecidas aquellas que son justas, vale decir, las que son auténticas leyes. .
La justicia es una virtud que tiene como finalidad reconocer a otra persona su derecho y tal es el objeto de la ley. Aquella que no realiza dicha función no puede llamarse ley.

Es preciso, pues, reconocer "la obligatoriedad de conciencia de las leyes justas" Las leyes son justas por razón de su fin cuando ordenan el bien común; por razón de su autor, si éste no excede la potestad que lo establece; y, finalmente, por razón de su forma "si reparten las cargas con igualdad de proporcionalidad entre los sujetos para quienes se dictan, y en vistas al bien

común". De donde se desprende que las leyes que "en la repartición de sus cargas guardan esa proporción e igualdad, obligan en el fuero de la conciencia y son en verdad leyes legales".

Por el contrario, son leyes injustas aquellas contrarias al bien humano, enemigas del bien común, "favorecedoras de intereses particulares" como las llama Santo Tomás; las dictadas por alguien que excede sus facultades -el poder legítimo- y las que reparten las cargas entre la multitud con notoria desigualdad. "Las leyes que así son injustas, sentencia Santo Tomás, deberían llamarse violencias y no leyes, porque, como dice San Agustín "una ley que no es justa, no es ley".

La obligatoriedad del deber que prescribe la norma jurídica, reconoce como fundamento la justicia. La sola vigencia de una orden o mandato no basta para obligar; se requiere que tenga validez, que se sustente en un valor.

CAPITULO IV

EL DERECHO PUBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

1.- Origen y naturaleza de "la distinción. 2.- Teorías que la admiten. 3.Teorías que la niegan. 4.- Proyecciones de la división del derecho público y privado.

1.- ORIGEN Y NATURALEZA DE LA DISTINCION

" El punto de partida de la división del Derecho en público y privado se halla en el Libro I de las Instituciones de Ulpiano.

Según el referido texto, el derecho público concierne a la utilidad del Estado y el privado a la de los particulares. Publicum ius est, quod ad statum rei romana spectat; privatum quod ad stngulorum utllitaten.

La recepción del Derecho romano, hizo llegar la referida distinción a los paises europeos, cuya historia política revela, en sus diversos momentos, el predominio de una u otra forma del derecho.

La necesidad de acentuar el poder soberano del prlncipe en las monarqulas absolutas, se tradujo en la preponderancia del derecho público sobre el privado. Por otra parte, el llamado "Estado de Derecho" como sistema polltico dirigido hacia la protección de los derechos individuales, se caracteriza por el auge del derecho privado.

El contrato social de Rousseau constituyó el mayor esfuerzo teórico orientado a fundamentar las instituciones del derecho público en el derecho privado, y la Revolución francesa fué su más clara expresión política. Frente a dichas actitudes, la época posterior, hasta nuestros dlas, en que se acrecienta peligrosamente su tendencia, se caracteriza por "la invasión de

los ámbitos de regulación reservados al derecho privado por el derecho público.

Se ha establecido, posteriormente, que el texto atribuido a Ulpiano: "Huyus studii due at sunt positiones: publicum et privatum. Publicum just est, quod .ad statum romanae spactat; prlvatum, quod ad singolorum utilitatem. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartite est colectum, est cuim ex naturabilis praeceptos, aut gentium, texto "porque hay algunas cosas al común y otras a los particulares" que tergiversan y contradicen el pensamiento de aquel insigne compilador romano. Veamos, pues, cuál fue su verdadero sentido. Ulpianohabla, como lo han hecho después los juristas tradicionales, del derecho a de sus preceptos; no pretende trazar una línea divisoria en el campo del ordenamiento jurídico, sino que habla de la Ciencia del Derecho: esto significa que Ulpiano situaba el prablema, como lo hacemos nosatros en nuestro tiempo, en un plano estrictamente pedagógico y" que hacía la distinción entre derecho privado y público, teniendo en cuenta exclusivamente los fines de la enseñanza". S. Vicente Cutolo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Elche. Buenos Aires, 1952, págs. 206.207.

Montesquieu reconoció la diferencia entre las dos formas del derecho -público y privado- que comprendió bajo los nombres de "derecM político Y "derecho civil". "Tampoco ha de decidirse por las regias del derecho civil, escribió, (o que ha de arreglarse por las del político", agregando para acentuar el distingo: "es ridícula la pretensión de querer decidir sobre derechos de los reinos, de las naciones y del univ,rso, por las mismas reglas que deciden entre particulares acerca del derecho a un canal, para servirme de los términos de Cicerón" .

Savigny admite que el derecho se divide en dos ramas: el político y el privado. "Tiene uno, dice, por objeto el Estado, es decir, la manifestación orgánica del Pueblo; el otro contiene todas las relaciones de derecho existentes entre los particulares, y es la regla y la expresión de esas relaciones. Tienen, sin embargo, estos dos órdenes de derecho muchos rasgos de semejanza y muchos puntos de contacto. "

Precisando estas diferencias agrega: "el uno se ocupa del conjunto y considera a los individuos como objeto secundario; y el otro tiene por objeto exclusivo al individuo mismo, y no se ocupa más que de su existencia y de sus diferentes estados". Ahrens sustenta la división del derecho en los diferentes fines del hombre y "en las diferentes personas individuales o reunidas" que deben realizarlos. Dentro de tales criterios, cabe distinguir: el derecho individual, el familiar, el comunal, el nacional (que corresponde a un pueblo), el internacional y el cosmopolita. Al derecho "que se llama Derecho Nacional, comunmente se le nombra con el término demasiado general de Derecho Público" .

Los autores contemporáneos se hallan divididos frente a la distinción: unos la admiten dentro de diversas orientaciones; otros le atribuyen un sentido relativo y, finalmente, hay quienes la niegan.

Duguit ha señalado que las consecuencias de la separación de las dos ramas citadas del derecho son: a) la existencia de derechos públicos y privados de diversa naturaleza; b) la existencia de personas jurídicas públicas y privadas; c) los

diferentes caracteres de los actos de derecho público y de derecho privado; y d) la actuación del Estado fren. te a personas de derecho público y de derecho privado.

2.- TEORIAS QUE LA ADMITEN

La teoría clásica sobre la distinción entre el derecho público y el privado, inspirada en Ulpiano, se denomina teorfa del interés. Según esta doctrina, el derecho público está constitufdo por normas que amparan el interés general o colectivo, y el derecho privado por aquellas que se refieren al interés individual o de los particulares.

Kelsen ha objetado, con argumentos valederos, los fundamentos de esa doctrina, no sólo porque se basa en un criterio metajurfdico, cual es el interés, sino porque "es sencillamente imposible determinar de cualquier norma jurídica si sirve al interés público o al interés privado. Toda norma sirve siempre a uno y otro. Desde el momento en que una norma protege un interés individual esa protección constituye un interés colectivo. Cuando el orden jurídico contiene normas reguladoras del préstamo -normas jurídicas "privadas", indudablemente- pónese de manifiesto que existe un interés colectivo en la existenci~ de tales normas. Y, de modo análogo, en cada norma positiva de derecho ad. ministrativo o penal -derecho "público", uno y otro, -a no dudarlopuede determinarse el hombre al cual se reconoce el interés eJe tal norma, la cual se convierte en protectora de ese interés" .

Sintetiza A. Weill las diferencias entre las dos formas del derecho de este modo: "1°- En cuanto al fin. El fin del derecho público es

dar satisfacción a los intereses colectivos de la nación organizando el gobierno de ésta y la gestión de los servicios públicos. El fin del derecho privado es asegurar al máximo la satisfacción de los Intereses individuales. 2°- En cuanto al carácter. Teniendo en cuenta su fin, el derecho público será esencialmente imperativo. El derecho privado dejará, al contrario, a la autonomía de. la voluntad y la mayor parte de sus reI glas no serán imperativas. 3°- En cuanto a la sanción. Si las reglas del derecho privado son descónocidas, el particular lesionado se dirige a los tribunales y a la fuerza social para obtener justicia. La sanción del derecho público es la más difícil de organizar, ya que aquí el Estado está en causa y no se sentirá inclinado a condenarse a sí mismo.

En la forma misma que revisten las relaciones jurídicas "debe buscarse, según Korkounov, la base de la distinción entre ambas clases de derecho y no solamente en el sujeto y en la consecuencia de la violación"

Sostiene Korkounov que el derecho "es en general la facultad de servirse de alguna cosa". Esta facultad es garantizada al individuo en una dople forma: "La forma más simple, dice, es la división del objeto en varias partes, cada una de las cuales se le atribuye a título de propiedad. Es así como se establece la diferencia entre lo tuyo y lo mío.

La concepción de la propiedad privada se funda en esta repartición;
esta misma repartición sirve de base a la institución de la familia que excluye la intervención de extraños, el derecho le ha asignado su esfera propia" .

Además de tales objetos existen, según Korkounov, otros que "no son susceptibles de repartirse, como, por ejemplo, las diferentes partes de un río navegable, de un camino público, que perderían su carácter de utilidad pública". Las normas que rigen el primer tipo de relaciones se denominan "distributivas" y corresponden al derecho privado; los que rigen la segunda clase reciben el nombre de "adaptativas" y pertenecen al derecho público.
El criterio empleado por Korkounov, sólo se refiere a relaciones patrímoniales y, por tanto, al derecho privado, por cuya razón no es valedero para sustentar una división amplia y general como la que se busca.

Para otros autores, el fundamento de la distinción se halla en la naturaleza misma de las relaciones jurídicas que las normas expresan.

Las normas de derecho privado, según esta tesis, se refieren a relaciones de coordinación en un plano de igualdad entre los sujetos, sean éstos particulares o entre particulares y el Estado.

Las normas de derecho público, rigen relaciones de supra o de subordinación, porque con ellas el Estado o cualquier persona jurídica de. Derecho Público, ejerce su 'soberanía o imperium.
En algunos casos pueden presentarse dudas sobre la calidad con la que actúa el Estado o sobre la naturaleza oficial de su función. En esos casos "hay que preguntarse según Roguin, si la actividad así desplegada está sometida a una legislación excepcional y especial, o al contrario, al derecho común". Corresponderá al derecho público la primera y al privado la segunda.

Dentro de esta misma corriente de opinión, Enneccerus sostiene que "lo verdaderamente decisivo de la naturaleza pública de la relación jurídica es la circunstancia de intervenir un ente colectivo, un sujeto de potestad pública en concepto de tal, es decir, que intervenga en la relaclon jurídica en su calidad de ente público (teoría del sujeto). Si el ente interviene o no en cuanto tal, tiene que deducirse de la especial configuración de la relación jurídica (caso divergente del derecho privado) y, en caso de silencio de la ley, habrá de verse si el sujeto de la potestad pública la ejerce en su relación con los ciudadanos, desempeñando una función de tutela y vigilancia, o si se presenta frente a ellos como un sujeto coordinado".

Cabe objetar contra esta doctrina que no todas las relaciones de derecho privado son de coordinación (empleado con relación al empleador, obrero con relación al principal, etc.) y que tampoco todas las relaciones de derecho público son de subordinación (entre los diversos órganos del Estado o entidades públicas, entre Estados).

El fundamento de la división del derecho en PúbJico y el Privado es más profundo. No puede radicar ni en el interés que ampara el derecho ni en el aspecto meramente formal de las relaciones jurídicas que señalan las normas.

Según Max Weber las normas de derecho público regulan laactitud estatal que se traduce en mandatos y obediencia a los mismos, y las de derecho privado se refieren a la conducta de las personas que se hallan en situación de igualdad. Por su parte Savatier diferencia ambas formas de derecho señalando que el

primero comprende órdenes imperativas, y el segundo se basa sobre el consentimiento 16.
Ese criterio para ser valedero, debe sustentarse en el fin mismo del derecho. Las disposiciones de derecho privado tienen por fin la realización de la justicia conmutativa; las de derecho público, la justicia distributiva. Las relaciones entre los particulares o entre éstos y los entes públicos, cuando corresponden al ámbito del derecho privado, son de igualdad aritmética, intercambiables; las que existen entre los entes públicos y los sujetos particulares, cuando son de derecho público, son de proporcionalidad geométrica.

No se trata, pues, de los intereses que sustancial mente son los mismos y que, en cuanto ingresan a la órbita de lo jurídico pierden su carácter privado, sino del fin mismo que persigue la protección que otorga el derecho. .
Se objetará que las relaciones entre los órganos del Estado o entre Estados, no pueden explicarse dentro de este criterio, pero debe tenerse en cuenta que no son sino medios a través de los cuales se realizan fines públicos.

3.- TEORIAS QUE LA NIEGAN

Entre los autores del siglo pasado, Francisco Giner y Adolto posada, negaron con todo énfasis la distinción entre el derecho público y el privado.
Giner consideró que la diferencia es injustificada no sólo porque se limita a la esfera social sino porque en toda institución concurren elementos de orden público y privado.

No puede negarse, afirma el autor citado, que el Estado estitular de derechos privados, y que el individuo posee derechos públicos.

Debe decirse que es derecho privado "el derecho todo en cuanto propio de personalidad sustantiva individual de cada ser y referido a los fines de su vida; y es público en cuanto atiende, por el contrario, a la subordinación y dependencia orgánica en que se encuentran colocadas las personas entre sí con respecto al todo común de que son parte" .

La posición de Adolfo Posada es más definida y rotunda. Se opone a la distinción por diversas razones: 1°- porque es "puramente histórica, no obedece a exigencias universales y permanentes; no entraña un criterio acomodable a todas las circunstancias, no implica una esencial diferencia del concepto del derecho; sin duda expresa una diferencia que ha tenido y aún tiene realidad, pero no puede originar una clasificación de las instituciones jurídicas"; 2°- "lo público y lo privado, agrega, no expresan dos esferas jurídicas definidas y sustancial mente distintas: el individuo, la familia, tiene vida política, son elementos componentes del Estado político nacional y sujetos de relaciones jurídicopúblicas; y por su parte, el Estado tiene su vida privada, que se revela más ostensible que en ninguna otra rama en el Derecho Administrativo"; 3°- "tal división en el concepto actual, arranca del supuesto erróneo que el derecho es una obra objetiva del Estado- como gobierno, a quien deben someterse los individuos. El derecho no es obra del gobierno sino de la persona, que en cuanto vive es Estado" "fuera de él, hay, con idéntico fundamento, todas las esferas del derecho particular de las diferentes personalidades autónomas en mayor o menor medida; 4°- además, la distinción que criticamos tiende a poner frente a frente- dos términos que no deben ser los

únicos en las relaciones jurídicas transitivas, y que tampoco deben colocarse en oposición abierta: tales términos son el individuo y el todo social constituído en Estado; 5°- "Desde el punto de vista del análisis del derecho, no hay sujetos esencialmente distintos de la relación jurídica: el uno superior, el Estado, con interés público, y el otro, inferior, el particular con interés privado". El único sujeto es la persona y en ella concurren los dos elementos, público y privado, que son sólo aspectos "reales y opuestos" de todo derecho. Finalmente, "el carácter púb!ico aplicado en su significado tradicional al Derecho del Estado, en oposición al Derecho Privado de los particulares, entraña una sugestión perniciosísima, tanto en el Derecho político como en el Derecho administrativo. Esa sugestión ha llevado a los tratadistas y a los políticos a conceptuar el Derecho Público como el Derecho especial, como el Derecho del todo, del Estado soberano que requiere y revista forma, fuerza y medios autoritarios particularísimos". Por esta naturaleza privilegiada atribuida al Derecho público, los actos del estado han sido considerados como actos de mandato, manifestaciones del poder y los de sus funcionarios como "indiscutibles e irresistibles mandatos" .

Dentro de estas mismas ideas, C. O. Bunge, ve en el derecho público y en el -privado sólo fases formas o partes de un todo cuya base y objetivo es uno solo, la vida humana.
Desde el punto de vista histórico, según Bunge, el derecho privado ha desempeñado el papel de principio básico del derecho público, y este último es una especie de superación de aquel. El derecho público encuadra y protege las instituciones del privado, y éste da origen y determina las instituciones del público

Es semejante el punto de vista de Fritz Fleiner para quien no existe un abismo que separa al Derecho Público del Privado, puesto que en la vida jurídica se compenetran y complementan mutuamente.

Duguit niega la existencia del Estado como ente y, por tanto, la de reglas especiales aplicables a éste, distintas de las que norman las relaciones entre los particulares. Nada justifica que se considere como diferentes los dos derechos,' ya que su espíritu (la justicia) es el mismo; sus métodos de estudio iguales; su formación y su evolución idénticas; no existen personas de derecho público y de derecho privado ya que sólo los individuos son sujetos de derecho; no pueden distinguirse los derechos subjetivos en públicos y privados y no hay conveniencia n separar los actos de una y otra clase.

e Kelsen sostiene que la antítesis entre las dos formas estudiadas, no deriva de la esenica misma del derecho y es sólo relatíva.
La distinción entre el derecho público y el privado depende de los métodos que emplee el derecho positivo para crear normas individualizadas. Si el deber jurídico de una persona se establece .por la sola declaración unilateral del facultado, se trata de una relación pública si dicha relación requiere una declaración coincidente de voluntades del pretensor y del obligado, se trata de una relación jurídica privada.
Según Engles. la distinción entre derecho público y privado corresponde al derecho burgués. El Estado, como instrumento de la clase dominante, no es ni público ni privado, sino la condición del distingo entre tales conceptos.

El jurista soviético disidente Pasukanis, sustuvo que "el desenvolvimiento del derecho como sistema, no fue engendrado por exigencias de relaciones de dominación, sino por ~xigencias de intercambios comerciales con otros pueblos que no estaban comprendidos dentro de la esfera de un poder único". Esto quiere decir, que la relación jurídi. ca nace de los vínculos materiales de producción entre los hombres, por lo cual no debe buscarse en la autoridad pública la raíz del sistema de derecho privado. De allí que el verdadero derecho sea éste y no el derecho público porque el Estado es un fenómeno metajurídico" .

4.- PROYECCIONES DE LA DIVISION DEL DERECHO PUBLICO Y PRIVADO

Algunas de las teorías que níegan la distinción entre el cferecho público y el privado, admiten sin embargo, su valor metodológico y su utilidad. Esto significa que si bien no existe una separación total y absoluta entre las dos formas del derecho, no puede negarse el sentido técnico de la diferencia.
. En nombre de la libertad, los sistemas jurídicos y políticos individualistas han acentuado el valor del Derecho Privado. Invocando el bien común y su realización por la autoridad, el estatismo amplía cada vez más la esfera de influencia del Derecho Público, y su creciente ingerencia en relaciones que antes se hallaban fuera de su alcance.
Vivimos en una época de "invasión del ámbito del derecho privado por el público". .
El radical predominio del derecho privado traería como consecuencia la anarquía; la preponderancia absoluta de las

normas de derecho público, para regir todo tipo de relaciones, daría lugar al autoritarismo y conduciría a la negación de la libertaa.

De acuerdo con la opinión de Legaz Lacambra, afirmamos, por eso, "que la diferencia entre ambos tipos de regulación jurídica representa un valor irreoímciable y posee una Clara justificación ética. Es imposible que todas las formas de convivencia social adopten el módulo de la coordinación, porque entonces sería imposible la autoridad que es factor ineliminable de la coexistencia; pero tampoco puede reducirse todo a la subordinación, porque ello sería destruir la libertad que es la raíz misma de la existencia" .

Pero hay algo más. Si el derecho privado tiene como finalidad la realización de la justicia cohmutativa y el público la justicia distributiva, el progreso jurídico que se observa, no significa la invasión de un sector por el otro, sino su integración en un valor superior que es la justicia social. "El régimen de coordinación no puede limitarse a afirmar que los hombres son libres e iguales.; debe además establecerse disposiciones efectivas para que la personalidad de cada uno pueda afirmarse y desarrollarse, de lo contrario se destruye a sí mismo por virtud de las desigualdades..." . Por iguales razones "el régimen jurídico de la subordinación, no puede limitarse a la afirmación que existe una comunidad humana, tenien el Estado derechos soberanos" "es necesario organizar una serie de otros grupos provistos "de poder público; el pluralismo de los órdenes jurídicos permitirá evitar la átrofia del derecho individual, que conduciría a la tiranía".

La justicia social exige la afirmacion de los derechos de la persona como tal y la orientación del Estado hacía el bien común que significa, en último término, el bien de la persona.

CAPITULO V

DERECHOS ABSOLUTOS Y DERECHOS RELATIVOS

1.- El derecho de libertad y el derecho de acción. 2.- Los derechos reales y los derechos personales.

1.- El DERECHO DE LIBERTAD Y EL DERECHO DE ACCION

La libertad como presupuesto del derecho, la libertad como derecho de la personalidad y la libertad jurídica propiamente dicha, constituyen conceptos de distinta significación.
la libertad es un constitutivo esencial del derecho, porque lo es de la vida humana. "Vivir -ha escrito Ortega y Gasset- es sentirse fatalmente forzado a ejercitar la libertad, a decidir lo que vamos a ser en este mundo" 1. No hay escapatoria; incluso cuando ponemos en manos de otro la decisión de nuestros asuntos, cuando nos abstenemos de decidir, o cuando nos abandonamos a lo que quiera venir, ya hemos decidido 2.

Si la vida humana no fuera libre, si nuestras acciones estuvieran enlazadas como causas y efectos, el derecho carecería de razón de ser.
No tendrían sentido ni las facultades que nos otorga ni los deberes que nos impone el orden jurídico.
El derecho positivo no crea la libertad ni la extrae de sus entrañas -afirma certeramente Cossio-, sino que fija solamente sus límites contingentes y configura su extensión empírica. El derecho no crea la libertad, a su arbitrio, explica, "pues sin ella aquél no existiría. No es que la facultad de señorío esté en una parte del derecho, sino que una parte del derecho está en la facultad de señorío. No es en general que la libertad esté acogida al Derecho, sino, al revés, es el Derecho que está acogido en la libertad porque el Derecho es conducta".

No como fundamento mismo del derecho, sino como atributo de la personalidad, en tanto que libertad de autonomía, la libertad constituye una facultad del hombre garantizada por la norma jurídica.

En este último sentido, se reconoce al ser humano, su libertad de conciencia -de pensamiento, de creencia, de expresión- libertades politicas, libertades de trabajo, libertad de residencia, libertad de reunión, etc. El derecho objetivo, a la vez que consagra y protege estas libertades, señala límites y modalidades para su ejercicio.

Dentro de esta segunda significación del término libertad, tiene cabida la libertad jurídica o derecho de libertad.
Llamamos derecho de libertad al ejercicio de la libertad de la voluntad dentro del derecho. Es la facu1tad de optar entre

realizar o no realizar los actos permitidos y los prohibidos por el orden jurídico.

El derecho ordena y prohibe. El derecho de libertad es la potestad de ejercitar o no los actos ordenados, y de abstenerse o no de los actos prohibidos. Los actos que no están ni ordenados ni prohibidos -aquellos que corresponden a lo que el derecho no manda ni prohibe- en sentido estricto, están fuera de él.

La definición del derecho de libertad dada por Hugo Rocco, como derecho de observar u omitir los actos permitidos, "revela los limites de aquel derecho pero no su naturaleza verdadera". La definición positiva que da García Maynez de la libertad jurídica dice que es "la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se acota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio". El derecho de libertad es un derecho absoluto; significa la facultad del titular de hacer u omitir lo prescrito o lo prohibido, que debe ser respetada por todos los demás sujetos. La sanción que deriva de la no ejecución de la conducta ordenada o de la ejecución de lo que está vedado, no niega el derecho de libertad, constituye la afirmación del mismo.

El derecho de acción es un derecho público subjetivo que corresponde a cualquier persona y que tiene por objeto obtener la prestación de la actividad jurisdiccional del Estado mediante una sentencia.

La doctrina clásica de la acción la confundió con el derecho material protegido. Esta concepción se inspira en la definición del jurisconsulto romano Celso y en las Institutas de Gayo que la llaman "ius persequendi quod sibi debetur".
Savigny expuso en forma clara la teorra tradicional al considerar la acción como el conjunto de transformaciones que sufre' el dere':" cho mismo desde que es violado y dan nacimiento a- las instituciones adecuadas para combatir esa violación. Esta tesis ha sido seguida por numerosos tratadistas (Garsonnet, Baudry-Lacantinerie, Japiot, Coviello, etc.).

Desde mediados del siglo anterior, y a partir de los trabajos de Windschied y Muther, y de la polémica que sostuvieron, ha surgido la doctrina de la acción como derecho autónomo.
Pertenece a esta corriente la teorra de la acción como derecho abstracto. Alfredo Rocco define la acción como "el derecho por excelencia, el derecho general y abstracto de hacer reales y cottcretos todos los derechos" .

Este derecho es subjetivo-público, relativo y abstracto. Lo pr.imero, porque corresponde a una obligación que el Derecho impone a los órganos jurisdiccionales del Estado; lo segundo porque tal obligación es específica y lo tercero, porque atañe a cualquier persona y procede aunque no exista el derecho material protegido. Los elementos de la acción son: uno formal, que es la voluntad, y otro sustancial, que está constituido por el interés. Mientras la voluntad sólo tiene por fin el poner en movimiento a los órganos jurisdiccionales, el interés es. el verdadero contenido de la acción, pero no es el interés primario (que constituye la materia del derecho protegido) sino un interés secundario, cuyas notas son: autonomía frente a los intereses

primarios; abstracción y generalidad porque sirve para hacer valer cualquier derecho; unidad e inmutabilidad frente a los citados intereses primarios y, finalmente, idealidad e inmaterialidad porque corresponde a cualquier sujeto y su carácter no es patrimonial.

Los otros derechos públicos corresponden al ámbito de los derechos pollticos.

2.- LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS PERSONALES

Los derechos subjetivos privados absolutos y relativos son los derechos reales y los personales o de crédito.
La Ciencia Jurídica ha formulado diversas teorías con el objeto de precisar la naturaleza de esos derechos y los caracteres o notas que los distinguen. Esas teorías pueden clasificarse en tres grupos: dualistas, que postulan la separación absoluta de unos y otros; monistas, que los identifican en el campo de los derechos personales o en el de los derechos reales; y eclécticas.

La escuela clásica, a la que pertenece Aubry y Rau y BaudryLacantinerie, considera que la diferencia entre los derechos reales y los personales es absoluta. Según esta doctrina "el derecho real es un poder jurídico que se ejerce en forma directiva e inmediata sobre un bien, para su aprovechamiento total o parcial siendo este poder jurídico oponible a terceros. Por consiguiente, son elementos del derecho real: a) la existencia de un poder jurídico; b) la forma de ejercicio de este poder en una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa; c) la naturaleza económica del poder jurídico que permite un aprovechamiento total o parcial de la misma; y

d) la oponibilidad respecto a terceros para que el derecho se caracterice como absoluto, valedero erga omnes".

Según esta misma escuela, el derecho personal o de crédito es una facultad en virtud de la cual un sujeto (creditor) puede exigir de otro sujeto (debitor) una prestación o una abstención. De aquí se desprenden los elementos de este derecho: a) un sujeto creditor o titular del derecho; b) un sujeto debitor u obligado; c) el objeto de la relación jurídica (una prestación o una abstención).

De lo expuesto se desprenden las diferencias entre las dos claes de derechos, según la citada doctrina: 19- mientras el derecho real s xpresa un poder jurídico que se ejerce de la persona a la cosa y sig~jfjca dominio o señorío para aprovechar del objeto, el derecho personal es una facultad sobre la conducta del deudor para exigir de éste una prestación o una abstención; y 29- el derecho real tiene por objeto un bien (relación directa e inmediata entre el titular y el bien o poder jurídico de aquél sujeto sobre éste), en cambio el derecho personal. tiene por objeto la conducta del deudor.

La tesis de Bonnecase es también dualista. Afirma este autor, como lo hace la teoría clásica, que existe una separación absoluta entre derecho real y derecho personal que depende de la naturaleza económica del contenido de ambos. "El derecho real y el de crédito u obligación -dice- son respectivamente la expresión de las nociones eco- , nómicas de riqueza y de servicio. Para este efecto es indispensable partir de las nociones económicas de riqueza y de servicio cuyas expresiones jurídicas son, respectivamente, el derecho real y el de ~rédito u

obligación. Elevándonos más alto, en la jerarquía de las nociones generales y de la precisión, agrega, diremos que las nociones de derecho real y de obligación, son nociones jurídicas, es decir, datos de la Ciencia del Derecho y, al mismo tiempo, nociones técnicas, o en otras palabras, una aplicación particular de dichos datos. En esta materia, los datos de la ciencia del Derecho revisten un carácter económico y no son sino las nociones de riqueza y de servicio. En tanto que el derecho real traduce la noción económica de riqueza y su única razón de ser es asegurar, mediante la coacción exterior, la función del derecho: la apropiación de las riquezas, la noción de obligación desempeñ3 el mismo papel respecto a la realización de los servicios que los hombres voluntariamente han decidido prestarse o que la autoridad social juzga conveniente que se presten bajo determinadas condiciones".

Las doctrinas monistas afirman que el derecho real tiene la misma naturaleza que el personal (posición- personalista); o que el perso. nal se reduce al real (posición objetivista).
La primera tesis ha sido sustentada por Planiol, Ortofán y Demogue, entre otros. Los partidarios de ella reconocen que es imposible una relación jurídica entre el titurar del derecho y la cosa, característica del derecho real según la doctrina clásica, porque si así fuera, la cosa tendría el rango de sujeto pasivo, lo que es absurdo. El derecho real, como el personal, requiere un sujeto pasivo, puesto que la relación jurídica sólo puede establecerse entre sujetos y no entre uno de éstos y un objeto.
Este sujeto pasivo del derecho real no puede ser otro que "todo el mundo" ya que los derechos reales son valederos erga omnes. Sobre este sujeto universal recae una obligación de "no hacer" que no solamente es de carácter social, puesto que su violación

se traduce en una condena de daños y perjuicios contra el perturbador.

Esta obligación del sujeto pasivo -de ese sujeto universal- en los derechos reales, es indeterminada, no tiene por objeto una prestación concreta; carece de valor económico, no merma su patrimonio, y tampoco restringe o limita su actividad jurídica.

Se ha observado contra el monismo objetivista, que todos los derechos en general obligan a todo el mundo a abstenerse de perturbarlos y que la obligación de indemnizar daños y perjuicios no tiene como fuente el derecho mismo sino un acto ilícito.

Por otra parte, bajo la influencia deSaleilles, Gaudemet, Gazin y Jallu, partidarios del monismo objetivista sostienen que el derecho personal es un derecho real sobre el patrimonio. Gaudemet busca apoyo para su tesis en el estudio de la evolución sufrida por el derecho personal a partir de la legislación romana.

En el Derecho romano la relación de crédito fue estrictamente personal; el cambio de acreedor o de deudor extinguía la ob! igación. El derecho moderno admite el cambio del deudor, sin que se extinga la obligación. De aquí desprende Gaudemet que el derecho de crédito se ha transformado en derecho sobre el patrimonio del deudor, en jus ad remo La única diferencia entre este derecho y el real, radica en el objeto. El derecho real se refiere a un objeto determinado, el de crédito a un patrimonio que es objeto universal.

Gazin y Jallu han exagerado la tesis de Gaudemet. Se puede concebir según el primero, derecho personal sin sujeto pasivo, bastando el patrimonio responsable, y según el último, el derecho de obligación recae sobre objetos indeterminados y

subsidiariamente, a título de indemnización, sobre el conjunto de los bienes del deudor.
No es exacto que en el derecho moderno se hayan transformado los derechos personales en especie de los derechos reales, ni menos puede admitirse -por todo lo que se ha expuesto antes- la existencia de derechos sin sujeto pasivo.

La doctrina ecléctica, que corresponde a Planiol y a Ripert, consfluye una rectificación de la tesis anterior del primero de los referidos tratadistas, con ayuda de las ideas de Ripert.
Planiol reconoce que existe derechos absolutos que no son derechos reales, por cuya razón la tesis del sujeto pasivo universal y de la obligación general de respeto, no constituyen las características o distintivos propios de los derechos reales.
Esta doctrina ecléctica sostiene que cabe distinguir en los derechos reales, un "aspecto interno" y un "aspecto externo". En el primero coincide con la teoría clásica en el segundo con el monismo personalista.

El aspecto interno de los derechos reales, está constituído por el poder directo e inmediato que ejerce el sujeto titular del derecho sobre la cosa para su aprovechamiento económico. El aspecto externo, consiste en el reconocimiento de un sujeto pasivo indeterminado, al Gual es oponible el derecho, en mérito de la relación jurídica que se crea entre el titular y los demás hombres.

Es indudable que en el derecho real existen los siguientes elementos: a) el sujeto titular del derecho; b) el bien sobre el que recae; c) el sujeto pasivo.

La diferencia entre los derechos reales y los personales se halla más que en el tercer elemento, en el segundo. Mientras en los últimos, el objeto mismo de la relación jurídica nace con ella, en los primeros la precede. La obligación en los derechos de crédito surge del derecho mismo; en el orden de los derechos reales, el objeto tiene existencia independiente.

. Este carácter configura la calidad del sujeto pasivo. El sujeto pasivo de la obligación se halla determinado por ésta; el sujeto pasivo del derecho real, independiente del nacimiento del derecho, es indeterminado. .
Los llamados derechos reales de garantía ocupan un lugar intermedio entre los derechos reales y los personales.

CAPITULO VI

LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO PUBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO

I 1.- Las disciplinas del Derecho Público: Derecho Político, Derecho ConstituI cional, Derecho Administrativo, Derecho Financiero, Derecho Municipal, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Internacional Público. 2.- Las disciplinas del Derecho Privado: Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Minero, Derecho Rural, Derecho Internacional Privado. 3.- El Derecho Laboral. 4.- Nuevas Ramas del Derecho.

1.- LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO PUBLICO

El Derecho Político.-

El Derecho Político es una rama de las ciencias jurídicas cuyos temas se refieren a la esencia, al origen y a los fines del Estado y sus relaciones con el Derecho.
El Derecho Constitucional atañe también al Estado. De aquí se desprende la necesidad de precisar sus relaciones con el Derecho Político. Las opiniones de los tratadistas, sobre esta materia, no son coinI cidentes. Para algunos el Derecho Político es una teoria general del EsI tado, mientras que el Derecho Constitucional tiene los alcances de ciencia positiva. Otros creen que el Derecho Político es un estudio histórico y comparado de las instituciones cuyo material es proporcionado por el Derecho Constitucional. Muchos sostienen que el Derecho Po.ftico se ocupa de lo que debe ser el Estado, de sus fines, etc., mientras que el.

Derecho Constitucional de lo que es el Estado. También se denomina Derecho Político a la Historia de las ideas políticas. Finalmente el Derecho Constitucional trataría de la regulación jurídica del Estado, mientras que el Derecho Político se ocuparía de las instituciones estatales consideradas en sí mismas.

La diferencia entre las citadas disciplinas se halla en que el Derecho Político estudia e investiga la estructura de las instituciones del Estado en tanto que normadas por el Derecho,

mientras que el Derecho Constitucional trata de la Constitución en sr misma y en cuanto se aplica para la normación de esas instituciones. Ambas ramas del derecho pueden apoyarse en conocimientos sociológicos, históricos, económicos, políticos Y fllosoflcos que se hallan fuera del campo de las Ciencias Jurídicas.

Son numerosos los problemas que originan el estudio del Estado y muchos los puntos de vista del Derecho y de la Ciencia Política sobre ellos.

El Estado es una forma de sociedad constituida gracias a un vínculo de particular importancia: el vínculo político.
Esta forma de vida social que es el Estado no es ni la única ni la más vasta, pero sí -como enseña Del Vecchio -el lazo que la origina es "el más importante y el más sólido, porque modela más enérgicamente Y determina más precisamente que ningún otro las relaciones de convivencia. Todos los otros vínculos sociales sufren en sumo grado la influencia del Estado, debiéndose colocar de alguna manera, dentro de su cercado y sobre su base"

Con frecuencia nos preguntamos: "¿Cómo deben los hombres configuror, organizar y dirigir el Estado? ¿Qué deben los hombres hacer con el Estado? ¿Cuál es el tipo de Estado mejor?

¿Cuáles son los principios que deben inspirarlo y a la luz de los cuales se justitfique?" (Recasens Siches. Filosofía del Derecho cit., pág. 3551. Cabe interrogarse además sobre lo que es el Estado en sí mismo. ¿Qué es el Estado? ¿Es quizá una cosa o un organismo natural, parejo a los organismos biológicos que

comprendió alguna escuela del siglo XIX? ¿Es un alma nacional o espíritu popular como sostenía el romanticismo alemán? ¿Es un estadio o manifestación del espíritu objetivo, según lo exponía Hegel? ¿O es una complicada mixtura de múltiples y heterogéneo s ingredientes (territorio, hombres, normas) como ha venido afirmando desde hace mucho tiempo la doctrina más difundida? ¿Constituye acaso una forma mental, una síntesis. de conocimiento que unifica desde el punto de vista de la f:nalidad, una serie de elementos varios y dispares, como explicaba Jellinek? ¿Es puramente un sistema de normas como vigencia objetiva y coercitiva, delimitada en cuanto a las personas sujetas a dichas normas, en cuanto al espacio y en cuanto al tiempo como lo afirma Kelsen? ¿Es quizá un complejo de fenómenos de cultura, como movimiento histórico y en constante reelaboración, en devenir incesante, según lo sostienen otros autores, como por ejemplo, litt y Smend? ¿Es una fuente suprema que formula decisiones en vista de fundamentos legítimos y adecuados, mediante la coordinación de dife:entes grados de voluntades separados, para actuar de modo que se alcance un fin determinado, según explica Harold laski? ¿Es tal vez la realidad del Estado una realidad institucional personificada jurídicamente, es decir, la personalidad jurídica de la Nación como dice Hauriou? ¿Es una unidad dialéctica del ser y del debe ser, de acto y sentido, encarnada en una realidad social, como tiene la tesis de Hermann Heller?" (Recansens Siches ob. cit., pág. 336).

EI término Estado es relativamente moderno los griegos denominaban polis a sus estados Ciudades y los romanos llamaban res-pública a lo que hoyes el Estado. El primero que empleó este vocablo dentro de su significación moderna fue

Macchiavelo. "Todos los Estados, escribió en "El Príncipe" todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados: los principados son, o hereditarios, cuando los príncipes de una misma sangre reinan en ellos largo tiempo, o nuevos. Estos, o son nuevos del todo, como fue Milán bajo Francisco Sforza, o son como miembros agregados al estado hereditario del príncipe que los adquiere, según el reino de Nápoles es al rey de España. Estos dominios así adquiridos están acostumbrados a vivir bajo un príncipe o a ser libres; y adquiérense con armas ajenas o propias, con fortuna o por virtud". El Príncipe, traducción de Juan G. de Luaces. Aguilar S. A. Editores. Madrid, 1951, págs. 25 y 26.

El Estado, señala con acierto Maritain, no es la suprema encarnación de la idea, un superhombre colectivo ni el sinónimo de la coerción que se realiza como persona o como sujeto de derecho, sino una parte del Cuerpo Político o Sociedad Política que tiene como fin "mantener la ley, promover la prosperidad común y el orden público y administrarlos negocios públicos" al servicio de la persona humana

Cuando se habla de la esencia del Estado se trata de su naturaleza -social o jurídica- y cuando se habla de su estructura, nos referimos a sus elementos constitutivos y a sus relaciones.

Recasens Siches, clasifica con acierto las teorías que tratan de explicar la esencia del Estado, en tres grupos: sociológicas; teorías de las dos facetas del Estado -sociología y jurídica--':" y teoría de la identidad entre Estado y Derecho" ".
El elemento común de todas las doctrinas sociológicas es, sin duda, su referencia a la realidad social que es para ellas lo

constitutivo del Estado: Una de las formas más simples del sociologismo está constituída por el organicismo que considera al Estado como "forma vital" en el mismo sentido que los vegetales, los animales o los hombres. Estas teorías no pasan de ser metáforas o comparaciones, elaboradas con propósitos políticos, sin penetrar en la esencia de los fenómenos humanos y pese a ql,le propugna el método realista, jamás han podido probar la existencia de ese macroorganismo que es, según ellas, el Estado. Al 'lado de #stas tesis, se hallan las que explican el Estado como la encarnaciólf de un alma popular, (Escuela Histórica) o como la autodeterminación del espíritu objetivo (Hegel); las teorías de ,la fuerza, que resaltan el fenómeno del dominio o del mando de unos individuos sobre otros en todas las sociedades humanas (Gumplowicz, Duguit); la doctrina de Simmel, sobre la interacción o influjo recíproco, para la cual el Estado es un sistema de integración de estructuras -materia y forma- social; etc. Todas estas construcciones teóricas, se refieren sólo a elementos sociales; prescinden o atribuyen escasa importancia al vínculo jurídico.

Al lado de estas tesis se hallan las que reconocen que en la estructura del Estado se unen dos elementos: el sociólogo y el jurídico.

Jellinek ha sido uno de los más conocidos defensores de dichas doctrinas. Desde el punto de vista sociológico, el Estado no es, según Jellinek, una sustancia sino una función provista de mando social y puede definirse como "la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación o de mando, y formada por hombres asentados en un territorio". Jurídicamente el Estado es una "corporación" constituida por un pueblo, con poder de mando originario y asentada en un territorio.

El error de esta doctrina "radica en haber llevado esa distinción -que como principio metódico es legítima, dentro de un alcance limitado- a una separación radical de los puntos de vista, hasta el extremo de que cada uno de los dos estudios sea independiente y por comp:eto insolidario del otro".

Para la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, se identifican el derecho yel Estado. Desechada toda metafísica y toda mística del Estado, se llega a su caracterización "como orden social coactivo, y que son los mismos actos coactivos los que caracterizan a ambos, y dado este orden coactivo tiene que ser igual al orden jurídico, puesto que que una comunidad social no puede ser constituida por dós órdenes diferentes".

El Estado como persona no es sino síntesis o sistema de normas, que abrazan la totalidad del orden jurídico concebida como unidad, y es el centro común de imputación de todas las acciones consideradas como estatales. Este orden es soberano, porque las normas que lo constituyen no son susceptibles de una ulterior fundamenfación.

Kelsen excluye los factores sociológicos y todas .las cuestiones de valoración por considerarlas metajurídicos. De este modo, el Estado se identifica con el derecho positivo, y está sujeto a las mutaciones de éste. Si bien es cierto que para una concepción estrictamente jurídica del Estado, es posible identificarlo con el Derecho, no cabe eliminar los demás factores que intervienen en su composición, a riesgo de convertirlo en mera forma de pensamiento o esquema mental.

Los elementos del Estado son: la población, el territorio y el poder. La población está constituída por el conjunto de personas que componen el Estado y que se hallan sometidas al poder de éste. No es necesario que la población del Estado constituya una Nación, aunque pa.ra muchos debe estar formada por familias, en cuyo caso no correspondería al Vaticano el carácter de Estado. El territorio es el ámbito geográfico -terrestre, marítimo, y aéreo- sobre el cual el Estado ejerce poder, integrado por una superficie terrestre, el mar territorial y el espacio aéreo. La constancia y la identidad geográficá, no constituyen caracteres esenciales del territorio, ya que también existe una verdadera "función territorial" en los estados nómadas. El vínculo juridico -derechos y deberes recíprocos de los individuos que forman un Estadonace del poder del Estado que comprende la función normativa (dictar normas) y la actividad coactiva (obligar a su cumplimiento). El poder supremo del Estado, de acuerdo con la tesis c!ásica en via de superación definitiva, se denomina soberanía, que significa que no existe otro poder polftico de mando superior al propio Estado en el orden interno y que éste es igual a los demás en el plano internacional. En el siglo XVII, Bodin concilió la tesis de la soberania con las pretensiones de los monarcas; la Revolución francesa elaboró la teoria de la soberania del pueblo.

El problema del origen del Estado es fuente de una larga y compleja discusión. Para algunos es una cuestión histórica o mejor prehistórica, como expresa acertadamente W. Sauer para otros, se trata de averiguar no el prius temporal sino lo lógicamente a priori.

Pertenecen al primer grupo de teorías la patriarcal, sustentada por Sumner Maine, autor de "El antiguo derecho", la matriarcal de Bachofen que escribió "El Derecho Materno" y L. Morgan "La Sociedad Primitiva", y la sociología de E. Durkheim en "Formas elementales de la vida religiosa". Según la primera teoría, la sociedad primitiva estuvo constituida por familias separadas, gobernadas por el ascendiente varón más antiguo, en las que la filiación se establecía por la línea masculina; y la evolución se realizó a través de las etapas de la asociación familiar mediante vínculos de sangre; la comunidad doméstica que se fija en el suelo sobre el que se establece la propiedad privada, que evoluciona de la marca al señorío, de la aldea al feudo y al Estado.

Para la teoría matriarcalista o económica la evolución se realiza en tres etapas: el salvajismo, con sus periodos inferior (promiscuidad), medio (familia consanguinea), y superior (familia punulúa, matrimonio por grupos);- la barbarie (inicio de la domesticación del ganado y de la agricultura) en cuyo periodo la mujer se incorpora al grupo del varón y se reconoce la importancia de la filiación materna; y la civilización (industria) en cuya etapa la familia se vuelve monogámica. El Estado se halla determinado por .la división del trabajo, y surge como necesidad el dominio de una clase sobre otra. Según la teoria sociológica, la organización primaria es el clan, fundado en vínculos religiosos. Los caracteres de la estructura clánica son: el totemismo, la exogamia, la comunidad de pOder y la propiedad colectiva. Surge después el "grupo territorial" que termina suplantando al clan, y en el que se individualizan la propiedad, el matrimonio y el poder.

Las concepciones teológicas ven en Dios el origen del Estado;
y las doctrinas contractualistas, rectamente entendidas, consideran que el fundamento lógico del Estado es el pacto social.

Radbruch ha sistematizado con claridad las teorías que se refieren a los fines del Estado. Distingue, según su sustracto, tres clases de valores: los individuales, los colectivos y los de obra o de trabajo.
La personalidad moral es el valor individual; los valores colectivos se sustentan en las aspiraciones del grupo, y los de obra, reclaman, ya no personalidad, sino objetividad.

La vida requiere decisión sobre el rango que deben ocupar estos valores. "Para la concepción individualista los valores de las obras y de la colectividad están al servicio de los valores de la personalidad. La cultura es sólo un medio para la formación personal, el Estado y el Derecho son sólo instituciones para la seguridad y el progreso de los individuos. Para la concepción supraindividualista, los valores de la personalidad y de las obras están al servicio de los valores colectivos, la Moralidad y la Cultura al servicio del Estado y del Derecho. Para la concepción transpersonal, los valores co!ectivos y de la personalidad están al servicio de los valores de obra y del trabajo; tanto Mora!idad como Derecho y Estado, al servicio de la cultura" 1°.
El mismo filósofo Radbruch, señala que para la concepción individualista, Derecho y Estado son relaciones interindividuales; para el supraindividualismo, un todo sobre los individuos, y para el transpersonalismo, "relaciones comunes de los individuos con algo que está fuera de ellos, su trabajo conjunto, su obra común"

Mientras la concepción supraindividualista se expresa a través del organicismo, la individualista ha elaborado el contractualismo y la transper~onal emplea a menudo la referencia a una estructura.

Desde el punto de vista histórico, los fines del Estado han sido concebidos diversamente. En la antigüedad y en la Edad Media, el Estado regía casi todas o todas las actividades de los individuos. La Edad Moderna, desde el Renacimiento, significó la exaltación de individualismo y de la libertad como la más alta calidad humana. De aquí nació el liberalismo que exige el reconocimiento de esa libertad en todas las act!vidades del hombre, y que, en materia económica, pretende limitar la Intervención del Estado. Como reacción contra esta tesis, ha surgido el intervencionismo, que propugna una mayor ingerencia del Estado en nombre del bien común. Debe tenerse en cuenta que si es cierto que el hombre como individuo se halla incorporado dentro del Estado, éste debe entenderse al servicio de la persona humana. El bien común, que constituye el fin del Estado, se orienta hacia el bienestar de la persona.

Sobre las relaciones entre el Estado y el Derecho, existen tres puntos de vista: el tradicional, el de la identidad, y el de la mutua dependencias. La posición tradicional, que separó Estado y Derecho, trató de resolver empeñosa y vanamente el problema de sus relaciones. Esta posición, sostiene que el Estado es el .creador del Derecho y que, por tal razón, existe una prioridad lógica de aquél sobre éste. Según este mismo punto de vista, históricamente el Derecho es anterior al Estado, ya que la existencia de una normatividad obligatoria precede a la organización estatal.

Las tesis de la subordinación y de la supraordinación del Estado al Derecho, representan la posición tradicional.
La doctrina kelseniana identifica Derecho y Estado. Antes, afirmó Gumplowicz que "el derecho sólo se puede pensar en el Estado; subsiste cuando el Estado subsiste, y desaparece cuando el Estado desaparece" 12. Para la Teoría Pura, el Estado es el punto, ideal de convergencia de todas las determinaciones jurídicas pertenecientes a Un sistema.

Es evidente que existe interdependencia entre los dos componentes del Estado -factor social y factor jurídico- y que el Estado, según lo expresa Recasens Siches, está basado, mantenido y condicionado, por un complejo de fenómenos sociológicos y por actos de voluntad reaI. No puede prescindirse de ninguno de los citados elementos ni reducir el uno al otro. Entre ellos existe recíproca necesidad.

El Derecho Constitucional-

El Derecho Constitucional, es una rama de las disciplinas jurídicas cuyo objeto es el estudio de la constitución de un Estado.
El concepto de Constitución no tiene un sentido unívoco. Significa~una ordenación en general; un sistema de instituciones políticas; un complejo de normas jurídicas de rango superior a las normas ordinarias; la conducta en general, no sólo la normada sino la no normada pero sí normalizada, según expresión de Heller y un orden fundamental Y permanente.

Desde el punto de vista formal, la Constitución es un sistema de normas, emanado de un poder constituyente, sobre las cuales reposá el ordenamiento jurídico y la organización política de un país.

"De acuerdo con Schmidt, escribe Linares Quintana, el poder constituyente es la voluntad política o fuerza o autoridad para adoptar la- decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política". El sujeto de este poder constituyente u originario es el pueblo. El poder constituído, instituído o derivativo, emana de aquél y ejerce las funciones específicas que le son señaladas.

Los pueblos antiguos se rigieron por constituciones consuetudinarias. Sólo en la Edad Media, los gobernantes otorgaron a sus súbditos privilegios con un doble propósito: reconocimiento de derechos y límitaciones de su propia autoridad. Tal es el sentido de los fueros españoles: de León del año 1020; de Burgos de 1073; de Nájera de 1076, del Ordenamiento de León o Pacto de Sobrabe de 1080; y el de la Carta Magna inglesa de 1215, a la que siguieron en los siglos posteriores: la Petición de Derechos de 1628, el Acta de Habeas Corpus de 1673, el Bill de Derechos de 1689 y el Acta de Establecimiento de 1701.

En los Estados Unidos de América, James Otis y Samuel Adams, presentaron el 20 de noviembre de 1772 a los ciudadanos de Boston su "declaración de derechos de los colonos, como hombres, como cristianos y como ciudadanos". Posteriormente, Virginia, el 12 de junio de 1776, sancionó "la primera

declaración de derechos de carácter humanitario y general que conoció la historia del hombre"

. "Carl Schmidt distingue un concepto absoluto (Constitución en sentido unitario) un concepto relativo (Constitución como pluralidad de leyes particulares) un concepto positivo (Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política) y finalmente, un concepto ideol (en sentido distintivo y a causa de cierto contenido). Ruiz del Castillo si stematiza un triple significado: constitución como complexón o estructura político social; Constitución como acto de voluntad fundacional; Constitución institución dotada de vigor constituyente. Gorda Pelayo establece su "tipología constitucional" sobre estos conceptos básicos: concepto tradicionaJ normativo (Constitución como sistema de normas); concepto histórica tradicional (Constitución como historia, no como sistema); concepto sociológico (en el sentido de Sismondi, Marx y hasta cierto punto;" de Balmes, como "expresión de una infraestructura social"). Biscaretti di Rufia, en fin, distingue la Constitución en un sentido: a) institucional;bl material; c) formal; dI instrumental y el histórico. "La Constitución como ordenamiento de las instituciones políticas y jurídicas. Una interpretación de las fuentes constituciona:es en el Estado contemporáneo". Manuel Fraga Iribarne. Anuario de Filosofía del Derecho. Tomo 111. Madrid, 1955, págs. 85-87.

Siguieron a dicho estatuto, la Constitución de los Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea' . Francesa el 26 de agosto de 1789.

Las constituciones asumen diversas formas. Así de acuerdo con el procedimiento que se observa para su elaboración y reforma, se dividen en rígidas, flexibles y semirfgidas o semiflexibles, si tales Operaciones corresponden a una entidad dotada de facultades especiales o al poder legislativo ordinario por el procedimiento común o por alguno particular. Si se toma en cuenta la fuente de las normas constitucionales, se dividen en legisladas y consuetudinarias (predominantemente legisladas y prodominantemente consuetudinarias) y según la forma de gobierno, en republicanas y monárquicas.

En toda constitución cabe distinguir dos partes: la dogmática y la orgánica. La primera contiene la declaración de derechos que la misma Carta reconoce al hombre; la segunda, norma la estructura del Estado y el funcionamiento de sus órganos.
El Derecho Constitucional tiene como contenido el estudio de los derechos que reconoce la parte dogmática y las instituciones que establece la parte orgánica.
Los derechos que la Constitución atribuye al hombre han sido denominados también garantías constitucionales o derechos naturales por la Escuela Jusnaturalista; libertades individuales o derechos individuales por el liberalismo y derechos del hombre o derechos humanos en las nuevas declaraciones.

Tales derechos se clasifican en varios grupos: los derechos individuales, como los que amparan la vida, el honor, la libertad; derechos sociales como los que se refieren a la familia, a las organizaciones de trabajo o de profesionales; derechos económicos, que versan sobre la propiedad, el trabajo, el salario, el comercio, la industria; derechos políticos, entre los cuales puede citarse el de sufragio y los que corresponden a los

partidos; derechos culturales, que atañen a la educación y al ejercicio de las actividades culturales en general.

, En lo que se refiere a la organización del Estado, el Derecho Constitucional trata de las formas de gobierno, del nacimiento, de la estructura y del funcionamiento de los poderes constituidos, de las doctrinas sobre su separación, de sus relaciones mutuas y de las que mantienen con los gobernados.

El Estado que se rige por una Constitución se denomina "Estado de Derecho", nombre que fue empleado por primera vez por R. van Mohl en el siglo XIX 17.
La denominación citada puede emplearse, como lo nota A. E. Sampay 18 en dos sentidos: uno lógico formal y otro material o de contenido. Para el primer punto de vista, "Estado de Derecho" significa una organización capaz de asegurar un orden jurídico; para el segundo, el Estado democrático y liberal, con sus notas propias.
Entendido en su recto sentido, "Estado de Derecho" es aquel que garantiza al hombre su dignidad de persona mediante un sistema de normas de derecho inspiradas en la justicia, el bien común y la seguridad. Todo "Estado de Derecho" debe cumplir las siguientes exigencias: a) existencia de una Constitución; b) separación del poder constituyente Y los poderes constituidos; c) división de los poderes constituidos; d) existencia de medios para hacer valer la constitución (habeas corpus, declaración de anticonstitucionalidad de .las leyes, etc.); e) efectiva responsabilidad de la administración pública, etc.

El Derecho Administrativo.-

El Derecho Administrativo, ha sido objeto de varias definiciones.
Se le ha definido en función de la administración pública, del poder administrador, de los servicios públicos y de la actividad administrativa.
Si se considera que el Derecho Administrativo es una rama de las ciencias jurídicas que trata de la administración pública, no se llega a una concepción precisa de su contenido y de su objeto, porque "administración pública" en su sentido material equivale a toda actividad administrativa; en su sentido formal restringido, al Poder Ejecutivo, y en su sentido formal amplio, a todos los órganos que realicen función administrativa. .
Si se expresa que el Derecho Administrativo trata de la organización y funciones del poder administrador, que es principalmente el Poder Ejecutivo, esa definición es inexacta por su amplitud, ya que ese poder realiza otras funciones que no son administrativas, y otros organismos ejecutan también aquellas actividades.
La definición del Derecho Administrativo como disciplina que estudia los servicios públicos, lleva a la difusión y vaguedad que tares actividades implican. Finalmente, se cae en el misma 'errar si se ve coma cantenida de la citada rama del Derecha, su referencia a determinadas arganismas públicas destinadas a satisfacer necesidades colectivas, dentro de un arden jurldica estatal.

La dificultad de precisar el contenido del Derecho Administrativo, ha canducido a muchas tratadistas a la negación de su autonamía.

Para Gil Robles se trata de "un derecho que se quedará sin dominio prapio en cuan entablen atras ramas la reivindicación

carrespondiente. En efecto, una buena parte de la que hay, por función intrinseca a extraardinaria atención tutelar, carrespande a la administración llamada central, se verá que pertenece en realidad al Derecho Palitico; y a los tres restantes de las comunidades concejil, provincial o regianal otra no pequeña parte de las actas e institucianes que, bajo el nombre de administración local, comprenden las tratadistas con expresión tan poco técnica como harta difundida".

El propio Legaz Lacambra señala que es tan Intima la relación entre el Derecho Politica y el Administrativa, que las normas jurldicas incompletas y parciales del primera, son completadas por normas administrativas, hasta tal punto que se puede decir que "el verdadero Derecho Politico es el Derecho Administrativo" 211.

El Derecho Administrativo se acupa del Poder Administrativo y de los organismos que de él dependen, en cuanto realizan actividades que tienen por fin la satisfacción de las necesidades de la camunidad.

Históricamente el Derecho Administrativo ha pasado por dos etapas. Durante el primero, que corresponde al despotismo ilustrado, fue una "ciencia cameral", que señalaba las reglas que debia seguir el soberano para administrar, pero no por razones jurídicas sino palíticos; durante la segunda, que camienza con el tránsito. del Estado de policía al Estado de Derecho, insurge como verdadera ciencia jurídica.

Las fuentes del Derecho Administrativo son: la Constitución, las leyes administrativas, las decretos y las resoluciones

administrativas, la jurisprudencia administrativa (judicial y administrativa) y las costumbres administrativas.

El Derecho Administrativo se acupa de las servicios públicos, del acto administrativo, de los contratos administrativos, de la organización de la administración, de sus agentes, de la respansabilidad del Estado, del dominio público, del poder de policía y de la contenciosa administrativa.

El tratadista R. Bielsa considera que servicio público es "toda acción o prestación realizada por la Administración pública activa, directa e inmediatamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder público".

Los actos administrativos son expresiones de la voluntad de las autoridades administrativas en ejercicio de sus atribuciones administrativas. Tales actos de, carácter formal, se diferencian de otro tipo de funciones (de gobierno, politicas) del Poder Ejecutivo, no sólo por su contenido sino por su control administrativo y judicial.

El estudio de la contratación administrativa constituye parte importante de esta rama del derecho. La administración puede celebrar, como cualquier persona jurídica, contratos de derechos privado (compra de un bien, alquiler de una casa) pero puede realizar otros especiales (concesión de servicios públicos, concesión de obras, suministro o abastecimiento; función o empleo público) sometidos formalmente, a las normas comunes, pero que, por tratarse de asuntos de interés público, se hallan

protegidos por ciertas garantías que la ley ha establecido en favor de la administración: publicidad, reversión, caducidad, etc.

También trata el Derecho Administrativo, como tema de especial importancia, de la organización de la administración, esto es, de la estructura de los órganos que la componen. Son notas de dicha organización, la jerarquía -subordinación de las entidades que la componen a las inmediatas superiores- la descentralizaci6n (y la centralización); 'la autonomía y la autarquía de sus reparticiones. Los agentes de la administración son los funcionarios y los empleados públicos, cuyos deberes y derechos se hallan normados por Estatutos, que señalan las formas de nombramiento (concurso, propuestas, ascensos) sus relaciones con el Estado sus obligaciones, sus prerrogativas, modo de servicio, beneficios sociales, etc. La administración puede ocasionar daños a particulares ya sea cu.ando actúa en nombre del poder público o como sujeto de derecho Privado. En el primer caso, la responsabilidad puede provenir de actos de la administración misma o de sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

El Derecho Administrativo, trata también del dominio público, como conjunto de bienes afectados al uso público, no susceptibles de proPiedad privada, de su composición, de su destino, de su disposición; y del poder de policía como facultad del Estado que lo obliga a velar por la seguridad y el bienestar de las personas (policía de seguridad, de industrias y de trabajo, sanitaria, de costumbres o moralidad pública).

Finalmente, esta rama del Derecho se ocupa de lo contenciosoadministrativo constituido por el sistema de

regulación de los conflictos entre la administración y los particulares o entre órganos administrativos. La jurisdicción contencioso-administrativa es la facultad de administrar justicia a fin de componer tales conflictos. En cuanto su organización existen tres sistemas: el judicial (el Poder Judicial es el juez de los actos administrativos) el de la jurisdicción administrativa (esa función es ejercida por órganos administrativos) y el mixto (miembro del poder judicial y de la administración).

El Derecho Financiero.-

El Derecho Financiero, es una rama del Derecho público que tra ta de los medios económicos con que cuenta el Estado para la realización de sus fines y del modo como se aplican.
De la definición anterior se desprende que son dos las cuestiones de que trata el Derecho Financiero: los recursos del Estado y su aplicación a los servicios que presta.
Como los recursos del estado provienen en su mayor parte de los tributos, el Derecho Financiero ha sido denominado Derecho Tributario o Fiscal, nombre que recorta su contenido, por cuya razón se considera más adecuado el de Derecho Financiero.
Los recursos del Estado están constituidos por las contribuciones, por los que proceden de sus bienes, de su actividad industrial, del crédito público o de donaciones.
Las contribuciones comprenden los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales. Los impuestos son exacciónes que gravan el patrimonio o determinadas actividades. Las tasas constituyen pagos por servicios. Las contribuciones especiales, son cargos debidos a situaciones particulares. Los bienes del Estado son aquellos que le corresponden como persona de Derecho Público y los que integran su patrimonio privado. El

crédito público (los empréstitos) es un recurso extraordinario con el objeto de cubrir déficits.
Los gastos públicos se reálizan dentro de pautas preestablecidas que constituyen el presupuesto de un país, que exige el cálculo de los recursos y la predeterminación de los egresos para un ejercicio financiero.

La ley que determina los requisitos que debe cumplir la actividad presupuestaria del Estado, se denomina "'ey del presupuesto". Son requisitos de dicha ley: que sea formulado por el Poder Ejecutivo, que sea discutido por el Congreso y que su vigencia se limite a un corto período.

La formulación del presupuesto por el Poder Ejecutivo, se justifica por la función administrativa que ejerce por lo cual conoce más cercamente las necesidades del país. La discusión por el Congreso tienesu razón de ser no sólo porque formalmente se trata de una ley económica del gobierno, sino de su principal pauta política. La vigencia limitada se debe a la necesidad de renovar los programas de gastos de acuerdo con las necesidades sujetas a las continuas variaciones inherentes al desarrollo económico de un país.

El Derecho Municipal.-

El Derecho Municipal (*), es una rama del Derecho Público que estudia la organización del Municipio y su gobierno mediante los otganismos denominados Municipalidades, Cabildos, Ayuntamientos, etc.
Se ha discutido mucho sobre la autonomía del Derecho Municipal. Si es cierto que, desde el punto de vista de su

contenido, las nor- mas que rigen la organización y el funcionamiento de los organismos municipales, corresponden al Derecho Constitucional, al Derecho Administrativo y al Derecho Financiero, cabe considerarlas formalmente independientes, por la naturaleza misma de los municipios.

El municipio es una agrupación de personas unidas por el vínculo de vecindad. Lo vecinal constituye la esencia misma de lo municipal.

Del mismo modo que la familia deriva de los vinculas de sangre, y el Estado se basa en vínculos políticos, el municipio se funda en las relaciones que la vecindad establece entre los hombres.

Los elementos constitutivos de un municipio son: un territorio, una población vinculada por la vecindad Y" los medios administrativos y económicos necesarios para satisfacer las necesidades comunes.

Se ha discutido largamente sobre las relaciones entre el Munici'pio y el Estado. Algunos consideran que el Municipio es anterior al Estado; otros que éste es condición de su existencia. Es evidente que constituyen dos clases de asociaciones que se exigen mutuamente.

Los órganos de gobierno de los municipios son las municipalidades, denominadas antes en el mundo hispánico: cabildos o ayuntamientos.

(*) Marío Alzamora Valdez. Derecho Municipal. Tipografía Rávago, Limo, 1972.

. Las municipalidades son los órganos de administración de las ciudades cuya función consiste en realizar los servicios públicos vecinales.

El Derecho Municipal trata de la composición de las municipalidades, de la designación' de sus miembros, de las materias o asuntos de la competencia municipal, de las formas de gestión, de las rentas y de los presupuesto~ municipales.
Sobre la composición de las munipalidades existen diversos sistemas, En algunos casos están constituidas por una asamblea deliberante y un órgano ejecutivo; en otros están formadas por dos cuerpos colegiados o por una asamblea numerosa y por una comisión con menor número de personas.

La designación de los mJembros de las municipalidades, se realiza generalmente' por sufragio popular. 'Ciertos sistemas limitan el derecho al voto a determinadas personas (propietarios, industriales, etc.). Algunos sistemas han establecido la designación del órgano ejecutivo de la munlcipalidad por el Poder Ejecutivo; otros mediante elección entre los mie'mbros del cuerpo deliberante del propio organismo o por ia legislatura.

Las materias de la competencia municipal. no . han sido definidas de manera uniforme. En gener'al, se admite que corresponde a las municipalidades los servicios referentes al ornato, higiene, salubridad, mercados, subsistencias, instrucción (grado primario) y cultura de las ciudades. En algunos asuntos que corresponden a la Municipalidad puede intervervenir el Estado prestando colaboración o ayuda; en asuntos del resorte

estatal, puede intervenir asimismo el organismo local como' auxiliar.

Son diversas las formas de gestión 'municipal que puede rea! izarse, ya sea directamente -la Municipalidad realiza el servicio- mediante entidades autónomas, empresas particulares, empresas mixtas, etc. Los contratos que ce~ebran las municipalidades para realizar la presI tación de los servicios que les son inherentes, se hallan sometidos a las mismas exigencias y garantías que los que celebra el Estado.

'Las rentas municipales están constituidas por ingresos de sus propios bienes (propiedades urbanas, bosques, egidos), por contribuciones impuestas por la misma municipalidad, o por el Estado en favor de ella, o por una participación de la municipalidad. en los impuestos fiscales; por las tasas municipales y multas.

El derecho financiero municipal, no sólo se ocupa de las contribuciones, sino del presupuesto municipal, que presenta gran similidad con el presupuesto del Estado.

El problema de la autonomía municipal es, finalmente, otra de las grandes cuestiones de que debe estudiar el Derecho Municipal. No se trata de simple autarquía sino de una cabal independencia de los organismos municipales" que se' traduce en las facultades de dictar sus propias normas u ordenanzas; de crear rentas para la prestación de servicios; y señalar la esfera propia de su ejercicio.

El Derecho Penal.-

El Derecho Penal.- "El Derecho Penal, en el sentido más estricto -escribe Fontán Balestra- es la rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción" .
Para designar esta ciencia se han empleado otras denominaciones: derecho represivo, derecho criminal, derecho protector de los criminales, etc.
En los primeros tiempos de la humanidad la reacción contra el que infringía las normas de convivencia, tuvo carácter colectivo. Corresponden a esta etapa, la lapidación, la privación de la paz (expulsión de la tribu) y la venganza de sangre.
Cuando se organiza el Estado y desaparece el periodo de la autodefensa, el poder público asume la facultad de castigar. El derecho penal en Roma tenía carácter 'predominantemente público aunque en él superviven algunas huellas religiosas. La ley de las XII tablas contiene normas basadas en la predeterminación de los delitos y en la igualdad jurídica.

En el derecho germánico se establece la distinción entre dos clases de composiciones: una en las que intervienen los parientes y amigos de la víctima y otras de carácter público. En la Edad Media, el cristianismo influyó en la moderación de las penas y estableció instituciones como la Tregua de Dios y el asilo, ambas de gran importancia. En la Edad Moderna, se destaca el código denominado "La Carolina" que fue sancionado en 1532. El pequeño libro de César Beccaria, "Del delito y de la pena" escrito en Milán y publicado en Livorno en 1764, ejerció una notable influencia sobre las concepciones y en los estudios de derecho penal, no sólo por su críUca de los sistemas y métodos hasta entonces empleados sino por sus fundamentos filosóficos, tales como la idea de pena basada en un "contrato

social", su oposición al arbitrio de los jueces, la proporcionalidad que debe existir entre delitos y sanciones, su crítica de la pena de muerte, etc.

A las ideas expuestas por Beccaria siguió el movimiento denominado Escuela Clásica de derecho penal, representada, a principios del siglo anterior, por Romagnosi (Italia) Bentham (Inglaterra) y Feurbach (Alemania) pero cuyo máximo exponente fue Francisco Carrara con su obra fundamental "Programa del curso de derecho criminal".

Para esta escuela, el derecho penal persigue la tutela jurídica, su método es el racional deductivo, el delito un ente jurídico o una infracción a la ley de Estado, la responsabilidad se funda en la libertad y la pena es un castigo.
Sigue a esta tendencia la denominada escuela positiva, cuya etapa antropológica está representada por César Lombroso, autor de "El hombre Delincuente", su etapa sociológica por Enrique Ferri en su "Sociología Criminal" y la etapa jurídica por Rafael Garófalo con su libro "Criminología" .

Para 105 integrantes de esta escuela, el Derecho penal persigue la defensa social, su método es el inductivo experimental, el delito es un fenómeno natural, el delincuente es el centro de los estudios de esta teoría y la pena persigue su readaptación.
Una posición intermedia entre las dos citadas, ha sido llamada tercera escuela, representada por Manuel Carnevale y Bernardino Alimena, entre otros, que combina las ideas de ambas.

Según Fontán Balestra, el derecho penal presenta los siguientes caracteres: público, normativo, valorativo, finalista y sancionador. Los temas de estudio del derecho penal son: el delincuente, los delitos y las penas. Las materias de tales estudios han sido divididas en dos partes: una general, que se ocupa de los problemas comunes; Y otra especial que se refiere a los delitos en particular ya su penalidad.
El conjunto de ciencias que se ocupan de los mismos temas, no I desde el punto de vista jurídico, sino desde el campo de la Biología, la Antropología, la Psicología, la Sociología, etc., cQnstituyen la Enciclopedia Criminológica. Tales disciplinas son la Sociología Criminal, la Antropología Criminal, la Psicología Criminal, la Psiquiatrfa Criminal, la Ciencia Penitenciaria, la Psiquiatrfa Forense, la Crimlnalfstica y la Medicina Legal.

El Derecho Procesal.-

El Derecho Procesal, pertenece al campo del Derecho Público y tiene como objeto el estudio del proceso.
La voz proceso, deriva de procedere, proceder, que significa avanzar. Se alude con ello al camino que deben recorrer el juez y las partes, dentro de las pautas que traza la ley, para llegar a la solución de un litigio.

El Derecho Procesal ha sido denominado "Derecho Adjetivo", "Derecho Formal", "Derecho Instrumentai", "Derecho Rituario", "Derecho de Trámites". Tales nombres corresponden al arcaico concepto que consideraba que esta rama de las disciplinas jurídicas carece de contenido propio y que tiene como finalidad hacer valer las normas de derecho material. La nueva ciencia

del Derecho Procesal, ha demostrado que el proceso se halla sometido a principios y reglas, que garantizan su autonomía.

El Derecho Procesal comprende varias disciplinas de acuerdo con el campo de su aplicación: Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal, Derecho Procesal Laboral, Administrativo, etc.
El contenido del Derecho Procesal se halla constituído por el estudio de las grandes instituciones del proceso: acción, jurisdicción, competencia; de las personas que intervienen en el proceso y de la forma como se desenvuelve la relación procesal.
La acción procesal es un derecho público subjetivo que tiene por fin provocar la actividad jurisdiccional del Estado para la realización de los intereses que tutela un ordenamiento jurídico.

Al derecho de acción corresponde el deber del Estado que se denomina jurisdicción. "A la acción de la parte, como poder derecho -escribe Carnelutti- se contrapone la función del oficio (del órgano jurisdiccional del Estado) como poder deber" .
La jurisdicción es el poder que tiene el Estado para resolver los conflictos que le corresponde conocer mediante la actuación de la ley.
La jurisdicción que el Estado ejerce mediante el Poder Judicial, en cuanto es realizada por los integrantes de este Poder, está limitada por razón del ámbito geográfico o territorio, por razón del tiempo, de la materia de los asuntos que se litigan, de la cuantía económica de éstos y del grado de los tribunales. Tales limitaciones de la jurisdicción constituyen la competencia. Un organismo judicial es competente para conocer dentro de cierto territorio, en determinado tiempo, en una materia y no en otra, dentro de una cuantía prefijada y en un grado de la jerarquía que la ley señala.

En el proceso intervienen el Juez, al que Aristóteles con lenguaje insuperable llama en el Libro V de la Etica a Nicómaco "la justicia animada"; el Ministerio Fiscal que representa el interés de la sociedad en la realización de la justicia; los abogados, que al decir de Carnelutti, son los que traducen al lenguaje jurídico el habla corrien'tes de 10$ litigantes; los auxiliares de justicia que realizan funciones administrativas dentro del proceso; las partes que son las personas que invocan la actuación de la ley o hacia quienes se invoca esa actuación y los terceros que pueden tener interés propio o coadyuvante con el de las partes para intervenir.
La relación jurídica procesal, que es la que se estab!ece, en el proceso entre el juez y las partes, tiene como caracteres su unidad, su autonomía y su publicidad. Es una relación unitaria, no depende de los vínculos de derecho material y corresponde al ámbito del derecho público.

Para que se trabe válidamente la relación procesal deben realizarse los llamados presupuestos procesales; competencia del juez, capacidad de las partes, y el cumplimiento de las forma!idades exigidas por la ley. Trabada la relación procesal se desenvuelve dentro de los denominados "principios procesales".
Cabe distinguir, en el proceso, en términos generales, dos momentos o etapas: la instrucción y la declaración. En la primera se realiza el aporte de todos los medios necesarios (demandas, alegatos, pruebas) para formar la convicción del juez; en la segunda, éste expresa cuál es la voluntad de la ley para resolver el conflicto.

La importancia del Derecho Procesar se desprende de su objeto:

"Paz con justicia" podría ser su lema, ha dicho el mismo Carnelutti.
"Ni paz sin justicia ni justicia sin paz". No lo primero porque es falso; no lo segundo porque carece de sentido.

El Derecho Internacional Público.-

El Derecho Internacional Público, regula las relaciones de los Estados entre sí y con los diversos entes públicos internacionales. El Derecho Internacional público supone la 'existencia de una "comunidad internacional" que constituye el medio dentro del cual se desenvuelven las relaciones internacionales.

El Derecho Internacional Público ha recibido diversas denominaciones. Se le ha llamado "Derecho de Gentes", "De jure belli ac pacis" (Grocio) "Derecho Estatutario o de los Estados" (Kant) "Derecho Político Exterior" (Hegel) Derecho Público Externo, Derecho Supernacional o Extranacional, etc.
,
Muchas son las divisiones del Derecho Internacional Público. Grocio lo dividió en "natural" y "positivo", aunque esta última forma es la única que existe como derecho.
De acuerdo con el ámbito especial de validez de sus normas, el Derecho Internacional se divide en general (se refiere a toda la comunidad internacional) o particular (una parte de la comunidad internacional; ej.: derecho internacional público americano).
Según sus fuentes el Derecho Internacional Público puede ser consuetudinario o convencional, si emana de la costumbre o de determinados acuerdos internacionales.

Si se toma en cuenta la naturaleza de las relaciones que regula, el Derecho Internacional Público puede ser de paz o de guerra.
y en cuanto a su contenido se divide en Derecho Politico Internacional, Administrativo Internacional, Penal Internacional, Comercial Internacional, Procesal Penal Internacional, etc.
Las fuentes del Derecho Internacional Público son. a) los trata- I dos, que han sido clasificados en "tratados leyes o tratados generales" I y "tratados contratos" o más bien tratados generales y particulares; b) la costumbre internacional que es la fuente más antigua del Derecho Internacional; y c) la jurisprudencia de los tribunales internacionales.
Numerosos autores han discutido en los siglos anteriores al presente, la existencia del Derecho Internacional Público. Arnold Rotger publicó en 1710 una tesis titulada "Disertación tendiente a demostrar la no existencia del Jus Gentium". Posteriormente John Austin, Rodolfo V.
Ihering y E. Lasson, le negaron carácter jurídico, y Savigny lo consideró como "derecho imperfecto".
Contra la existencia del Derecho Internacional Público, se argu. menta, la falta de ley internacional, la 'falta de legislador,' la falta de juez o tribunal y la falta de sanción. Ante tales objeciones cabe notar, que los tratados internacionales constituyen verdaderas leyes que obligan a los Estados; que los órganos legislativos nacionales al aprobarlos o sancionarlos, ejercen, con relación a ellos, función legislativa, aparte de la existencia de órganos legislativos sui géneris de carácter internacional; que existen tribunales internacionales (Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, Corte Internacional de Justicia), y, que, en diversos casos, se han aplicado ya sanciones internacionales.

Como lo enseña Legaz Lacambra, el Derecho Internacional Público, reúne los supuestos esencia~es de la juridicidad; a) un punto de vista sobre la justicia a realizar; b) pluralidad de sujetos de derecho; c) recíproca correlación de licitudes y obligaciones; d) modo de vivir social que cristaliza en un conjunto de normas jurídicas.

En la formación de la Comunidad Internacional y en su desarrollo histórico, cabe señalar los siguientes períodos: 1°- Período de aislamiento y anarquía internacional, que corresponde a pueblos antiguos.

Sin embargo, en Egipto y en Grecia se apiicaron algunas normas de derecho internacional, hasta tal punto que en Grecia existió una comunidad internacional rudimentaria, bajo la forma de anfictionías, de las cuales la más famosa fue la de Delfos que logró agrupar doce estados;

2°- Período del nacimiento de la Comunidad Internacional, que corresponde a Europa. medioeval cristiana, y que está señalado por el nacimiento del Santo Imperio Romano-Franco-Germánico que se reforzó con las Cruzadas; 3°- Período del equilibrio político que nace con la paz de Westfalia (1648) que acepta el principio de la igualdad de los Estados contra la pretensión de una monarquía universal; y 4°- Período de la "Comunidad Jurídica Internacional" cuyo principio es el de la asociación de todos los estados integrantes de dicha comunidad, como miembros interdependientes, iguales en derechos y en deberes.

2.- LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO PRIVADO El Derecho Civil.-

El Derecho Civil, constituye la rama principal del Derecho Privado. Se ocupa de las personas de tal índole de las relaciones de familia y de los actos patrimoniales. En algunos casos los

entes públicos quedan sometidos a las normas de Derecho Civil, cuando sus relaciones con otras personas no son de subordinación sino de coordinación.

La importancia de esta rama del Derecho deriva de sus dos notas principales: la generalidad en su aplicación y la función supletoria que desempeña. El Derecho Civil está constituido por normas que se aplican a todas las personas sin distinción alguna de edad, sexo, nacionalidad, profesión, que son consideradas en forma secundaria, a diferencia de las otras ramas del derecho privado cuyo ámbito personal de apHcación es restringido. Desempeña, por otra parte, función supletoria, porque sus disposiciones rigen los casos no previstos especialmente por las leyes especiales.

El Derecho civil trata de las personas de derecho privado como tales. Se ocupa de las relaciones de familia, que nacen de una necesidad biológica específica y de un reclamo espiritual de comunión; de la propiedad, que es el medio que tiene el hombre para satisfacer sus necesidades, de las relaciones patrimoniales con otros hombres de las que se originan las obligaciones, y de la situación jurídica de los bienes después del fallecimiento de las personas, o sea de la sucesión.
En Roma, la expresión "jus civile" no era usada en el mismo sentido en que modernamente se emplea derecho civil. Significaba el derecho de los ciudadanos romanos, por oposición al ius gentinum. El ius civile romano, que se basaba en la calidad de ciudadano, tenía un sentido político; sólo con la extensión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, comenzó su privatización.

En la Edad Media, se llamaba "derecho civil" al derecho romano para diferenciarlo del ius canonicum o derecho de al Iglesia.

En el citado período, los glosadores, que iniciaron un movimiento que partió de la Universidad de Bolonia, y cuyos más elevados representantes fueron Irnerío y Acurcio (siglos XII y XIII) aplicaron al derecho romano el método de la glosa, o sea el comentario y la anotación de los textos que se empleaban para la enseñanza.
Posteriormente, los postglosadores, cuyo exponente fue Bartolo (siglo XIV) tomando como base los trabajos de sus antecesores, crearon un nuevo derecho.
La recepción del derecho romano en Europa se extendió, entre otros países, principalmente a Alemania, Francia y España. En España influyó principalmente en las Partidas de Alfonso X el Sabio y en el Fuero Real.

En la Edad Moderna, no puede dejar de mencionarse como estatuto de derecho civil la Ordenanza Civil de Colbert de 1677. El siglo XIX inicia verdaderamente la era de la codificación, con el Código Civil de Napoleón de 1804. Con anterioridad a este Código, ya se habían realizado ensayos de codificación en Baviera (el Código de Maximiliano de 1756) en Austria (1767) y en Prusia (1794).

El Código de Napoleón influyó en la legislación de los demás países. "El derecho francés gana a Europa, escribió Michelet, tan rápidamente como la lengua francesa". Con posterioridad al Código de Napoleón, merecen citarse el Código Civil alemán de 1896, el Código Civil Brasileño de 1917; el Código Civil Suizo de

1912 y el Código Federal de las obligaciones (1883) revisado en 1912; el Código Civil italiano de 1942.

El Derecho Comercial.-

El Derecho Comercial, es la rama del derecho privado que rige "las relaciones jurídicas especiales derivadas de los actos de comercio y de las actividades que desarrollan los comerciantes". Sobre el objeto de esta rama del derecho -llamada también Derecho Mercantil- existen tres puntos de vista: uno subjetivo, otro objetivo y un tercero mixto.

Según el criterio subjetivo, el Derecho comercial se refiere a los actos de los comerciantes como tales. Para la tendencia objetiva, esta rama del derecho se ocupa de los actos mercantiles sin tener en cuenta la persona que los realiza. La teoría mixta se sustenta sobre el doble criterio de los sujetos y de los actos, y, según ella, el Derecho comercial comprende no sólo las relaciones jurídicas derivadas de los actos mismos sino las actividades de los comerciantes en el ejercicio del comercio. Son fuentes del Derecho Comercial, los códigos de comercio, las leyes complementarias no codificadas, las normas de derecho civil, la costumbre que en esta rama del derecho adquiere singular importancia, y la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y de comercio.
El contenido del Derecho Comercial está constituído por el estudio de los actos de comercio, de los comerciantes, de las socieda-, des comerciales, de las mercancías, de los seguros, de la quiebra, del comercio marítimo y otras instituciones. Desde el punto de vista subjetivo los actos de comercio, para ser tales, requieren ser realizados por los comerciantes en ejercicio de las

actividades que les son propias. Desde el punto de vista objetivo, deben reunir los requisitos extrínsecos que señala la ley.

Los sujetos de la actividad mercantil son los comerciantes (aunque tal actividad puede ser realizada también por quienes no lo son) cuyos derechos, obligaciones y forma y manera de ejercicio, son fijados por la ley mercantil.

El derecho comercial se ocuPéri asimismo de las personas jurídicas denominadas sociedades mercant'iJes o comerciales, de la forma como deben organizarse y de los requisitos que están obligadas a cumplir.

Los bienes que pueden ser objeto de transacciones comerciales, son las mercancías, que se distinguen de las otras clases de bienes, no por su naturaleza, sino por el destino a que se dedican, y por la manera como se realizan las transacciones sobre ellas.
Son contratos comerciales, casi todos los contratos. de derecho civil cuando se realizan por comerciantes o dentro de las actividades habituales de éstos; entre estos contratos de derecho mercantil se considera, en forma especial, el contrato de seguro privado o comercial.
Es objeto también de especial estudio del Derecho Comercial, el de 105 títulos-valores y la quiebra que consiste en el conjunto de procedimientos que se siguen para la ejecución total del patrimonio de un comerciante insolvente a fin de cubrir el pasivo que hubiere contraído.

El contenido del Derecho Comercial comprende, finalmente, el comercio marítimo (adquisición de naves, fletamentos, seguros, compraventa, averías, naufragios) y otras i-nstituciones propias.

La historia del derecho comercial ha seguido un curso para!e'o a . la historia del comercio, En la antigüedad, las normas más lejanas de que se tiene noticia, sobre esta rama del Derecho, se refieren a la navegación marítima, Cabe citar la "Ley Rhodia" u Ordenanza de Rodas confirmada por varios emperadores romanos y en forma especial por Antonino.

En la Edad Media, el comercio marítimo se rigió en Italia por las "Tablas Amalfitanas", en los países nórdicos por los "Juicios de Olerón", las "Ordenanzas de Wisby" las de la Hansa Teutónica; en Francia por el "Libro del Consulado del Mar"; y en España por las "Ordenanzas de Burgos". El derecho comercial terrestre estuvo constituído por normas de derecho civil y por el derecho de. ferias '(jus nundinarum). .
Durante la Edad Moderna, Co!bert, el célebre ministro francés, di.ctó las "Ordenanzas de Comercio Terrestre" (1763) y las "Ordenanzas de Comercio Marítimo" (1681). España promulgó en 1737 las "Ordenanzas de Bilbao".
Al comenzar el siglo XIX se dictó el Código de Comercio fran. cés (1807). Este ordenamiento fue seguido por código en los diversos países.

El Derecho Minero.-

El Derecho Minero, es la rama del derecho privado que rige las relaciones jurídicas aplicables a la propiedad minera y a la exploración y explotación de las minas.

Esta disciplina ha sido denominada Derecho de Minas, Derecho de Minería, Legislación de Minas, etc. Su autonomía se justifica por dos razones: por la naturaleza especial de la propiedad minera distinta de la propiedad superficial, y por la finalidad económica social que persigue.

El Derecho Minero trata de la propiedad de las minas; de los sistemas sobre su adquisición y explotación; de las relaciones entre los propietarios de la mina, los superficiarios y los dueños de las minas colindantes o vecinas; de las sociedades mineras, del régimen tributario de las minas, del petróleo, etc.
Merece especial consideración el estudio de los diversos sistemas sobre propiedad de las minas.

El dominio sobre la propiedad minera puede ser originario -que no reconoce un titular anterior- y derivado que se basa en la preexistencia de otro titular. Sobre esta base, los sistemas de propiedad de las minas, según Catalano ~7 deben clasificarse en la siguiente forma: unos que no separan el dominio originario del derivado y son: a) de la accesión o fundiario; y b) el dominical; y otros que separan el dominio originario del derivado y consideran aquél como de nadie: a) de la ocupación; b) del res nullius (Dalloz); y c) el regalista.
Según el sistema de la accesión o fundiario, la propiedad de la mina corresponde al dueño de la superficie. Este sistema se basa en la naturaleza de la accesión, que es un modo de adquirir la propiedad mediante el cual el dueño de lo principal hace suyo lo que es "accesorio"..
Este punto de vista imperó en el derecho romano, durante la Edad Media y fue propiciado por los fisiócratas.

Para el sistema dominal, las minas pertenecen exclusivamente al Estado, quien es un único propietario y puede disponer de ellas como cualquier propietario dispone de sus bienes. Sólo en Estonia y en algunos cantones suizos rige esta forma de propiedad.

De acuerdo con el sistema de la ocupación, las minas antes de ser descubiertas por alguna persona son res nullius, sin dueño originario, y, por tanto, pertenecen a quien se apropia de ellas. Se considera la ocupación como título de propiedad. Este sistema fue propiciado por Turgot, Ministro de Luis XVI en su "Memoria sobre las minas y canteras" publicada en 1770.
El sistema del res nullius o de Dalloz, porque fue sustentado por este jurista en su obra "De la propiedad de las minas", proclama, como el anterior, que las minas son res nullius, carecen de dueño originario, pero que el Estado, actuando en representación de los intereses generales, las otorga en propiedad en vía de concesión. Al otorgar la concesión, el Estado somete al beneficiado a una serie de condiciones, por cuya razón se objeta que sería más lógico sostener que las minas son de propiedad pública.

El sistema regalista, sostiene la tesis que las minas pertenecen originariamente al Estado que, como no puede explotarlas directamente, está obligado a concederlas a quienes reúnan los requisitos que él mismo exige para su explotación. El Estado, según este régimen -que fue el que España aplicó en América- tiene el dominio "eminente" sobre dicho tipo de propiedad. "Conforme a este sistema el Estado no se desprende en ningún momento de su propiedad virtual de las minas en favor de los

particulares, limitándose a conceder a éstos su explotación bajo determinadas condiciones" .

El Derecho Rural.-

El Derecho Rural, se ocupa de las relaciones jurídicas de la explotación de la tierra, mediante la agricultura, la ganadería u otras actividades afines.

Esta rama del derecho ha sido denominada diversamente: Derecho Agrario, Legislación Agraria, Legislación Rural. El nombre más adecuado es, sin duda, Derecho Rural por su mayor amplitud, ya que la palabra "rural" de rus, ruris, significa campo, mientras que lo agrario, de ager, agri, se refiere a tierra de labor, predio rústico.
Dentro de esta rama del derecho están comprendidos temas diversos de suma importancia y amplitud, como los que se refieren a la propiedad rural, a la colonización, a los sistemas de explotación del campo, a las cooperativas agrícolas, crédito agrario, seguros, ganadería, marcas y señales, etc.

Es indudable que el tema de mayor importancia de que se ocupa el Derecho Rural es el que atañe a la propiedad rural. Este tipo de propiedad tiene caracteres distintos de la urbana y se halla sometido a un régimen jurídico diferente por la función económico-social de la tierra. Lo que se denomina "reforma agraria" que constituye la necesidad de más premiosa urgencia en algunos países como el nuestro, que desde el punto de vista

del derecho implica el establecimiento de un nuevo sistema de normas sobre la propiedad y tenencia de la tierra, inspirado en los principios de una justicia social verdadera, corresponde al ámbito de esta disciplina.

También constituye objeto del .Derecho Rural, el problema de la colonización que se refiere al asentamiento y a la fijación en determinadas zonas del campo de familias de trabajadores agrícolas y ganaderos, etc. La distribución de la tierra, los modos de adquirir la propiedad de ella, la organización del sistema de trabajo, etc., son problemas que atañe a la colonización.

La exploración agrícola origina contratos especiales entre el propietario y los trabajadores del campo que son materia del Derecho Rural. Los arrendamientos rurales, la aparcería, constituyen a'gunas de las modalidades de tales contratos, sometidos a un régimen jurídico especial que contempla su duración, la extensión mínima de las tierras locadas, las obligaciones del propietario y las del tenedor, etc.

El régimen. de las coopertitvas ag(ícolas constituyen otro de los temas de esta rama del Derecho. "La cooperación -reza la conocida definición de Hans Muller- es una libre unión social, con la forma de una economía colectiva y con un interés de trabajo como principio económico". Este sistema es de gran necesidad, especialmente para la producción agrícola y constituye una base de su programa de desarrollo.

Materia de gran importancia de que trata el Derecho Rural, es el problema del crédito agrario. La limitada capacidad económica de los agricultores en general, lo aleatorio del trabajo del campo, sometido a muchas emergencias, determinan que sea una necesidad primordial el crédito, cuya prestación,

supervigilancia, duración, sistema de garantía, etc., se hallan sometidos a su régimen propio.

Finalmente, el Derecho Rural se refiere a los seguros agrícolas, a las normas sobre ganadería, marcas y señales y a todo lo que se relaciona con la comercialización e industrialización de los productos del campo.

. Países en los cuales un alto porcentaje de la población económicamente activa (en el Perú el 63%) se dedica a las actividades del campo, reclaman un Derecho Rural justo, moderno y eficaz.

El Derecho Internacional Privado.El Derecho Internacional Privado, es "el conjunto de reglas indicadoras del derecho aplicable a un caso iusprivatista con elementos extranjeros, inspirándose el mismo en el respeto a la particularidad de dichos elementos extranjeros" .

Esta rama del derecho tiene por objeto resolver determinadas relaciones jurídicas de derecho privado cuando sobre ellas existe conflicto entre dos o más legislaciones nacionales. Así la herencia de una persona de nacionalidad extranjera domiciliada en un país, que deja bienes en otro; o la nacionalidad de los hijos de personas que habitan fuera del territorio del Estado de origen, etc.
El Derecho Internacional Privado ha recibido diversos nombres:
"Teoría de las colisiones o de los confUctos de los estatutos y de las leyes" fue el primero que se utilizó. Desparnet le dio el nombre de "Teoría de los conflictos de las leyes privadas", Laurent "Derecho Civil Internacional", también se le denomina

"Derecho Privado Humano". El nombre de Derecho Internacional Privado, es sin duda, el más apropiado.

Las fuentes del Derecho Internacional Privado están constituídas:
a) por los tratados o pactos internacionales; b) la costumbre; c) las leyes nacionales (disposiciones de los códigos o leyes especiales); d) la jurisprudencia de los tribunales que aplican sus normas; y e) la doctrina

Según la naturaleza de la relación jurídica que origina al cont:icto, el Derecho Internacional Privado puede ser: civil, comercial o mercantil, marítirnQ, de trabajo, etc.
Pertenecen al contenido del Derecho Internacional Privado, los conflictos y problemas que se originan cón la aplicación de las leyes que norman relaciones jurídicas de carácter privado en el territorio, cuando éste sobrepasa el ámbito de un determinado país.
El sentido y el fundamento del Derecho Internacional Privado -a diferencia del Derecho Internacional Público- se halla en la aplicación, en caso de conflicto, de normas, que pertenecen no a una ley internacional sino a una ley nacional, a ,personas privadas. "Esta extraterritoriedad de la ley -ha escrito Moreno Quintana- no internacionaliza en su extensión a través de las fronteras, la relación jurídica emergente".

3.- EL DERECHO DEL TRABAJO

El Derecho del Trabajo, se define como "el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y

trabajadores, y de ambos con el Estado, a los efectos de la protección y tutela del trabajo".

El problema de la ubicación del Derecho de Trabajo en el campo del Derecho Público o del Derecho Privado, es materia de debate entre los tratadistas. Las relaciones contractuales entre los empresarios y los trabajadores corresponden al Derecho Privado, mientras que pertenece al Derecho Público todo lo que atañe a la intervención del Estado para regular esas relaciones. Admitiendo esta separación, muchos autores proponen que el Derecho de Trabajo se divida en dos ramas: el Derecho de Trabajo propiamente tal y el Derecho administrativo de trabajo.

Ante esta dificultad, una nueva tendencia sugiere que se considere esta rama del derecho fuera de los dos términos de la división clásica -derecho público y derecho privado- bajo la denominación de "Derecho Social" que abarcaría instituciones de ambos con sus caracteres inherentes. Sin embargo, esta tesis .ha sido objetada ya que "Derecho Social" constituye un rubro mucho más amplio que' el de "Derecho de Trabajo".

Se trata de una rama del derecho que ha cobrado auge en los últimos tiempos, de' suma importancia para la vida económica y social de los pueblos, que se halla en pleno proceso de formación en la que se hace patente la creciente penetración e influencia del derecho público en el privado. Por tal razón, no puede considerarse como involucrada en forma total en uno u otro campo.

Son muchas las denominaciones que ha recibido el Derecho del Trabajo': Legislación del Trabajo; Derecho Industrial, Legislación

Industrial, Derecho Social, Legislación Social, Derecho Obrero, Legislación Obrera, Derecho Laboral y Legislación Laboral.

Las fuentes del Derecho del Trabajo ofrecen gran amplitud. Pueden citarse como tales: la legislación civil, la legislación comercial, las leyes específicas de trabajo, ya sea que se hallen codificadas o no, la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y la de los tribunales de trabajo, los convenios y los contratos de trabajo, individuales o colectivos, y la doctrina de los tratadistas.
El contenido del Derecho del Trabajo es sumamente amplio. Se ocupa de los sujetos de la relación jurídica laboral; de los contratos de trabajo; de los conflictos; del proceso laboral; de los organismos que regulan las relaciones de trabajo; y de los entes internacionales correspondientes.

El primer tema se refiere a los sujetos que son los trabajadores y los empresarios o empleadores. Los trabajadores que son laspersonas que realizan un trabajo, caen dentro del ámbito del Derecho del Trabajo sólo cuando laboran dentro de una situación de dependencia voluntaria para un empleador que está obligado a cumplir con las prestaciones inherentes. Del mismo modo, se entiende como empleador a la persona que ocupa a uno o varios trabajadores dependientes, para la realización de determinada labor a su cargo, con la obligación de remunerarlos. Tanto los trabajadores como los empleadores, pueden asociarse y constituir por tal medio personas jurídicas (asociaciones profesionales de trabajadores, sindicatos, asociaciones patronales, etc.) para realizar sus fines de trabajo.

El contrato de trabajo y el régimen legal a que está sometido es materia del Derecho del Trabajo, que en este campo se ocupa de las facultades y obligaciones que nacen de él y, en forma especial, de la remuneración, duración de la jornada de trabajo, labor de mujeres y de menores, descanso obligatorio, rescisión, vacaciones, indemnizaciones, jubilación, etc. Los convenios colectivos son "convenciones escritas, entre uno o más empleadores u organizaciones patronales y varios trabajadores o una o varias organizaciones de estos, sobre las condiciones generales que deben observarse en la realización de determinado trabajo". Por su naturaleza, los convenios colectivos de trabajo, tienen el valorde estatutos o leyes de las profesiones. .

El Derecho del Trabajo, regula asimismo los conflictos colectivos que surgen de las relaciones laborales (huelga, lock-out, boicot, sabotaje, etc.), mediante normas que son las leyes mismas de trabajo, disposiciones de autoridades administrativas, laudos de tribunales arbitrales, resoluciones de comisiones paritarias, etc.

El derecho procesal de trabajo se ocupa de los procesos laborales, que en muchos países se hallan sometidos a preceptos específicos, contenidos en los códigos procesales de trabajo, que prescriben la organización de los tribunales de esta materia, el procedimiento que ante ellos se debe seguir, y la forma de ejecu.ción de sus resoluciones.
La naturaleza de las relaciones de trabajo, el interés social en la comPosición de sus litigios y la creciente necesidad de proteger al trabajador, justifican la autonomía de dichas disposiciones.

Los organismos de trabajo nacionales son: unos administrativos (que realizan funciones de vigilancia o de policía de las relaciones de trabajo) y de otros que tienen función jurisdiccional. La Organización Internacional de Trabajo (OIT) es el organismo internacional, dependiente en la actualidad de las Naciones Unidas, que vela por el mejoramiento de las condiciones de trabajo en todos los países en general.

La evolución del Derecho de Trabajo, se halla vinculada a la del concepto de trabajo y a las vicisitudes que éste ha sufrido a través de los distintos períodos de la historia humana.

En la antigüedad, el trabajo fue tenido como "una actividad extraña a la esencia del hombre, como algo irracional que no se deja asimilar por la inteligencia, como una necesidad material inferior al hombre. Los verdaderos valores humanos para los escritores griegos son los valores de la contemplación, del conocimiento libre y desinteresado":I1. Jenofonte reconocía que "las llamadas artes mecánicas están desacreditadas, y con razón los gobiernos hacen muy poco caso de ellas". Agregaba que "afeminan los cuerpos" y, por tanto, hacen perder su energía a las almas. Para Platón, el trabajador es un tipo de hombre inferior al guerrero y al filósofo. Según Aristóteles, el esclavo es propiedad del dueño y no puede tener más que virtudes de esclavo.

El pensamiento cristiano ofreció al mundo una nueva tabla de valores. El trabajo tiene un sentido económico y moral. Como realización, -1 es una actividad creadora, semejante a la que realiza Dios, no sólo redunda en beneficio de quien la ejerce. La

Edad Media organizó corporaciones y gremios, que desempeñaron un papel importante en el campo del trabajo.

En la Edad Moderna, la filosofía individualista reaccior.ó contra tales organizaciones. El edicto de Turgot de 1776 prohibió las corporaciones, que luego de un breve cambio, fueron suprimidas en Francia por la Ley Le Chappelier, que data de 1791. Dentro del ámbito de tales ideas, se produce la primera revolución industrial debida al maquinismo. Surge una clase obrera, y, con ella,' el verdadero proletariado, constituido por trabajadores al servicio de la industria, a quienes el individualismo somete a los más crueles abusos. Las jornadas de trabajo llegaban a 16 y 17 horas diarias. En Inglaterra, no estaba prohibido el empleo de niños menores de 8 años de edad en la Industria.

Desde mediados del siglo XIX, empieza el cambio de esa situación. Influyeron en tal cambio, las ideas filosóficas y jurídicas, las doctrinas sociales, la nueva organización del Estado, (sufragio popular, gobierno representativo) los movimientos políticos, la acción de los trabajadores mismos (organizaciones de trabajadores, huelga, etc.). La evolución del Derecho de trabajo está vinculada a dichas influencias.

4.- NUEVAS RAMAS DEL DERECHO

El derecho cuyo objeto es regular' la conducta social humana
,
está sujeto a cambios continuos dentro de un dinamismo esencial. Ripert ha dicho que el derecho crece, y que este crecimiento significa "su diversificación".

De allí que junto a las disciplinas jurídicas cuyo contenido hemos esbozado, hayan aparecido y sigan apareciendo otras nuevas. Dentro del área del Derecho Público, cobran independencia el Derecho Económico, el Derecho de la Integración de Comunidades Internacionales, el Derecho de la acomodación al territorio, el Derecho espacial, el Derecho de Urbanismo, el Derecho de la construcción, con instituciones y metodología propias. En el campo del derecho privado, ciertos ordenamientos sobre algunos aspectos de la propiedad se distinguen como estatutos especiales.

Sin embargo, es necesario advertir que no alcanzan jerarquía de nuevas ramas de derecho algunos éispectos de las disciplinas clásicas, que por su extensión o por necesidades didácticas, han sido considerados separadamente de la ciencia jurídica a la cual pertenecen.

SEXTA PARTE

LAS FUENTES DEL DERECHO

CAPITULO I
IDEA GENERAL SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO

1.- Noción de fuentes del derecho y su clasificación. 2.- Significado de las fuentes materiales del derecho. 3.- Las fuentes formales: la ley. 4.- La costumbre. 5.- La jurisprudencia. 6.- La doctrina.

1.- NOCION DE FUENTES DEL DERECHO

"Este término fuente -escribe Du Pasquier-, crea una metáfora bastante feliz, pues, remontar la fuente de un río 'Ss buscar en el lugar que sus aguas brotan de la tierra; del mismo modo, inquirir la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del derecho".

Fuente significa principio u origen de algo. En el orden jurídico, las fuentes del derecho están constituídas por todo lo que es punto de partida y causa de sus manifestaciones, ya sea que se trate de los hechos determinantes o de las manifestaciones, consideradas en sí mismas y reguladas por el propio derecho. .
Dentro de su significación general cabe atribuir a la expresión "fuente de derecho" diversas acepciones. Puede indicar: 1° Fuente de conocimiento del dereho como los documentos, actas de debates de un cuerpo legislativo; 2°- Fuerza creadora como hecho de la vida social, la naturaleza humana, el sentimiento jurídico; 3° Autoridad creadora del Derecho: el Estado, el pueblo; 4° El acto creador o la forma como se expresa, caso de la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina 5° Fundamento de la validez jurídica de una norma de derecho 6° Forma de manifestarse de la norma jurídica: Ley, decreto, reglamento, ordenanza y 7°- fundamento de un derecho subjetivo.

Se debe a Bonnecase: la clasificación de las fuentes del derecho en reales y formales. En toda regla de derecno debe "distinguirse una sustancia y una forma. Lasfuentes reales

constituyen la sustancia mientras que las formales expresan ese contenido.

Según Bonnecase, los elementos de las fuentes reales, son uno experimental y otro racionaL El primero es el origen inmediato de las reglas de derecho, mientras el segundo está constituido por la noción misma de lo jurídico. En cuanto a las fuentes formales, admite la ley y la costumbre, y niega este carácter a la jurisprudencia, a la doctrina y a la práctica extrajudicial.
Las fuentes del derecho han sido clasificadas también en internas y externas. Pertenecen al primer grupo "los factores de que proceden las normas jurídicas, es decir, la autoridad que las crea y, en general las causas que suministran la materia de las normas" 4, mientras que las segundas son las fuentes formales dentro del sentido que se indicó antes.

Se ha propuesto también una división tripartita de fuentes: fuente como fundamento del Derecho (Dios, el espíritu humano), como sinónimo del grupo social que crea el derecho (el Estado, la Iglesia, los sindicatos, etc.) y como la autoridad o fuerza social que, mediante reconocimiento del mismo Derecho, confiere a la norma los caracteres necesarios para su vigencia.

Stammler divide las fuentes del derecho en originarias y derivati vas. La fuente de Derecho, que es "la voluntad que dicta las normas jurídicas" "puede manifestarse, o bien de acuerdo con el derecho vigente o sin atender a él para nada y hasta quizá contra él" 6. En el primer caso se trata de una fuente derivativa; en el segundo de una fuente originaria.

Son fuentes originarias: la conquista, la colonización, los tratados originarios, la equidad y la costumbre. La ley, la doctrina, la jurisprudencia y los reglamentos, constituyen fuentes derivativas.

2.- SIGNIFICADO DE LAS FUENTES MATERIALES DEL DERECHO

Según Legaz Lacambra, cuyo punto de vista compartimos "las fuentes materiales de derecho son, pues, todas aquellas realidades sociales cuya estructura es la subordinación, la integración o la coordinación, y cuya existencia es una condición de la realización de la justicia en un determinado círculo social, a través de las normas o sistema de normas creadas por ellas" .

Las fuentes materiales, consideradas en sí mismas, son hechos que tienen su propio sentido pero, además, para originar formas de derecho, deben corresponder al ámbito social humano y apuntar hacia los valores jurídicos. Una realidad cualquiera, no constituye fuente material de derecho. Para ser tal debe referirse ala conducta social del hombre.

Es difícil establecer una jerarquía de las fuentes jurídicas materiales que tengan un valor permanente. Sin duda, la más alta fuente de esta clase es el Estado, pero en extensión, sobre él; se halla el orden internacional. En un plano paralelo al Estado está la Iglesia. Dentro del orden estatal, caben ciertos grupos u organizaciones que constituyen el origen de diversas expresiones del derecho. Una enumeraCión completa de tales fuentes es verdaderamente imposible. Son ellas "grupos sociales de la más variada índole y extensión, fuerzas políticas y

económicas en tanto implican relaciones de alteridad, "fundadores" de instituciones, en tanto que su acción provoca una adhesión y, por tanto, trasciende su acción de la órbita individual".

El proceso de creación del derecho es diverso si se le vé desde el ángulo de las fuentes materiales o de las formales. Desde aquél, se trata de la gestión y del desenvolvimiento de ideas y de hechos reales, instituciones o formas de vida; desde éste, de procesos que culminan en normas jurídicas.

3.- LAS FUENTES FORMALES: LA LEY

Las fuentes formáles del derecho positivo son los diversos modos como éste se manifiesta. En este sentido corresponde tal deno. mi nación a las normas jurídicas en relación con su origen.

Algunos autores consideran que tales fuentes no son las expresiones del derecho sino los "actos de creación" del mismo 9. En tal concepto, esa denominación no corresponde por ejemplo, a la ley en sí, sino al proceso legislativo. Si bien es cierto que los actos de creación constituyen fuentes no pueden llamarse fuentes "formales".

No existe acuerdo sobre las fuentes formales. Para Del Vecchio son sólo la costumbre y la ley. "Numerosos son los autores que consideran como fuentes propiamente dichas a la costumbre y a la ley.

Tal Geny, quien sin embargo ve en la autoridad (jurisprudencia y doctrina) un precioso intérprete del derecho. De la misma

manera, Bonnecase niega el carácter de fuente a la jurisprudencia porque ella ocupa un rango inferior "teniendo los tribunales por función primordial ser los guardianes de la ley y asegurar la plenitud de su aplicación", Para Cornil, los tres órganos de expresión del derecho son: la costumbre, la jurispq,ldencia y la ley, Gurvitch admite hasta doce fuentes formales y Petrasiky diez, a saber: la costumbre, el estatuto autónomo, ley estatal y decreto administrativo, práctica de los tribunales, práctica de órganos distintos de los judiciales, la doctrina, las convenciones, actos reglas las, declaraciones sociales (programas, promesas sentencias en nombre de una totalidad por uno solo o por un grupo de sus miembros) precedentes y reconocimiento de nuevo estado de cosas por aquellos que ocasionaron. Según Coing las fuentes formales del Derecho son el derecho consuetudinario y "la posición explícita del Derecho", Las fuentes formales del derecho generalmente admitidas son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

La ley es, según definición de Enneccerus, "una proposición jurídica, dictada y publicada por los órganos del Estado competente conformea la Constitución".

La vida del pueblo romano estuvo regida al principio por la costumbre, las mores majorum, de origen inmemorial Posteriormente surgió la lex, que era votada en los comicios a propuesta de un senador.

Las costumbres, desconocidas por la plebe romana, se apncaban por los magistrados que eran patricios. Las leges aportaron nuevos elementos Y con ellos indudables ventajas:

fijeza y, en cierto modo, igualdad. La ley de las XII Tablas fue un claro punto de partida de este sistema.

Etimológicamente la palabra ley proviene de legere qué significa leer. La ley, debe ser escrita para ser leída. Se cree tambiéhque esa voz deriva de legendo que equivale a escoger entre lo bueno y lo ma. lo, de colligende, acuerdo de las voluntades de quienes la aprueban, de ligare, puesto que ata o liga la voluntad humana.
Los elementos de la ley son los siguientes: la norma jurídica, la intervención de un órgano del Estado, y su dictado y publicacién, de acuerdo con una regla de jerarquía superior.
Las leyes son normas, esto es, reglas de conducta obligatoria.
Las simples declaraciones no pueden considerarse como leyes, del mismo modo que los actos administrativos y las disposiciones que no contienen mandato alguno.

En la dación de las leyes intervienen los órganos competentes del Estado. Las prescripciones dictadas por quien carece de autoridaa para legislar no constituyen leyes. Con estricto criterio jurídico debe decirse que los mandatos formalmente anticonstitucionalés no osténtan esa calidad.

La dación de las leyes se realiza según el procedimiento señalada por la Constitución, y su publicación es una exigencia que deriva de su generalidad, ya que deben ser conocidas por todos para obligar a su cumplimiento.

Muchos autores, bajo la inspiración de RoUeck y Laband, distinguen a la ley en sentido material y la ley en sentido formal,

pero esta separación es equívoca y carece de fundamento que la justifique.

Se dice que las leyes en sentido material son disposiciones dictadas por el órgano competente del Estado y que además tienen contenido de leyes (generalidad). Las leyes en sentido formal son decisiones de ese mismo órgano, cuyo contenido no corresponde al de una ley.

Si se examina la citada división, salta a la vista la equivocidad de las leyes formales puesto que las formas regulan una "materia" carente de generalidad.
El contenido de las llamadas leyes "formales" o puede ser ajurfdico, en cuyo caso no son leyes sino simples procedimientos legislativos, o referirse a una sola relación (concesión de la ciudadanra, pensiones, indultos, ascensos, etc.). "Pero puede observarse, que en tales casos, enseña Del Vecchio, no faltan los elementos esenciales de la juricidad, porque la ley tiene aquí un carácter imperativo, aunque no sea más que limitado a un precepto individual" .
La clasificación de las normas jurídicas es aplicable a las leyes.

Cabe agregar sin embargo, la que ha introducido la actual Constitución Italiana que distingue, las leyes constitucionales, que se refieren a las materias normadas por la Constitución y a su revisión, de las ordinarias; las leyes dictadas por el Parlamento, de las sancionadas por las regiones que tienen competencia legislativa en los asuntos señalados por el artículo 1179 de dicha carta; y la~ leyes dictadas en forma directa por el órgano legislativo, de aquellas que puede sancionar, ya sea en

virtud de una delegación, o en caso de urgencia, el Gobierno, de conformidad con los artículos 769 y 779.

Las leyes comprenden tres partes: 'la condición, la disposición y la sanción.
En toda ley se precisa las circunstancias necesarias para su aplicación, que constituyen la condición de la ley. Lo que la ley prescribe ordena es su disposición. La consecuencia que ella señala para el caso de incumplimiento, es la sanción. En algunos casos -el de las I es imperfectas- no existe este tercer elemento.

En el derecho moderno, y principalmente desde el nacimiento de la era de la codificación, la ley ha asumido la más importante categoría entre las fuentes formales. La costumb.re y, en determinados casos tras fuentes, sólo tienen valor porque aSI se establece en la ley. La importancia de la ley se debe, a que consignada en textos escritos ofrece: a) mayor fijeza; b) mayor certeza y segundad; y c) y puede ser conocida más fácilmente por todos.
La formación de las leyes se realiza dentro de las pautas que traza la constitución de cada Estado.

La derogación de la ley, en términos generales, es el acto que tiene por fin dejarla sin efecto.

La derogación puede revestir cuatro formas diferentes: 1°- la derogación en sentido estricto que consiste en la supresión de una parte de la ley por mandato de otra ley; 2°- modificación cuando una parte de la leyes reemplazada por otra; 3°- abrogación que significa dejar sin efecto toda la ley; y 4°- la

subrogación, cuando la nueva ley sústituye íntegramente el texto de la anterior.

La derogación reviste dos modos: expresa y tácita. La expresa se realiza mediante una ley, la tácita cuando resulta de la incompatibilidad de la rey anterior con otra posterior (Iex posterior derogat priorijo Como lo notan muy bien Aftalión y García Olano, la derogación tácita se basa en la aplicación del principio lógico de no contradicción, ya que no pueden ser simultáneamente válidas normas contradictorias sobre la misma conducta.

El uso contrario a la ley (desuetudo) y la costumbre abrogatoria, no tienen efecto dentro de los sistemas de legislación escrita, que se basan en el principio que establece que una ley se deroga solamente por otra ley.

El moderno Derecho tiende a la codificación de las leyes. Un código es una compilación de leyes, ordenada y sistematizada, referente a alguna de las ramas del derecho.

La palabra código proviene de codex, derivada, a su vez, de caudex que significa tronco ó tabla, con lo que se hace alusión a las tablas en que se escribía la ley.
Las más importantes codificaciones históricas han sido la del derecho romano ordenada por el emperador Justiniano, que incorporó en el Corpus luris: el Código, el Digesto o las Pandectas, las Instituciones las Novelas y una nueva edición del Código; las grandes codificaciones españolas, el código prusiano de Federico Guillermo 11 de 1794, que comprende todas las ramas del derecho, el Código Civil francés de 1804, el de

Procedimiento Civil de 1807, el de Comercio de 1807, el de Instrucció.n Criminal de 1808, el Penal de 1810.

En cuanto al modo como se realiza, la codificación puede ser privada en el caso en que haya sido realizada por juristas sin encargo del Estado, y oficial, si se- efectúa como tarea del Poder Legislativo o por las comisiones que el Estado designa. De acuerdo al método, caba distinguir la que distribuye las leyes según su objeto o según el el tiempo en que fueron dictadas: Finalmente, si se toma en cuenta la estructura, la codificación puede ser por materias o por instituciones.

Si es verdad que los códigos dan la impresión de un derecho acabado y, por tanto, constituyen obstácu!os para su progreso, presentan indudab!es ventajas. En primer término, facilitan el estudio de las leyes y su aplicación; en segundo lugar, hacen posib'e el conocimiento completo de las normas referentes a una rama del derecho; fina!mente, tienden a que se forme una concepción integral sobre las materias jurídicas tratadas, que es el medio adecuado par3 lograr un evidente progreso legislativo.

Los decretos son las normas escritas emanadas del Poder Ejecutivo, dictadas para la mejor aplicación de las leyes.
La razón de ser de los decretos se halla la naturaleza misma de las leyes, que por su generalidad y su carácter abstracto, no pueden adaptarse a las diversas situaciones que presenta la vida ni a la inmensa variedad de materias que norman, para lo cual requieren reglas de aplicación.

Los decretos revisten dos formas: decretos reglamentarios y decretos simples. Los primeros están constituídos por

disposiciones que provienen del Poder Ejecutivo, para lograr el mejor cumplimiento de la ley que los origina. Los decretos simples, son aquellos que dicta el mismo Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus funciones administrativas, con el objeto de resolver materias de esta índole. Los reglamentos, sobre cuestiones no previstas por una ley, no deben confundirse con los decretos reglamentarios. Tales reglamentos se originan en el Poder Ejecutivo y pueden ser derogados por otros reglamentos.

Se ha introducido en la terminología legal de diversos países la expresión "decretos leyes". Este nombre tiene una doble significación:
por un lado expresa normas de urgencia dictadas por el Poder Ejecutivo, autorizado por la Constitución de un país para expedirlas, con cargo de dar cuenta al Congreso; por otro, indican disposiciones emanadas de gobiernos de facto, que actúan en perídos de "anormalidad constitucional".

La gradación del orden normativo, exige que los decretos del Poder Ejecutivo se subordinen a las leyes ordinarias y éstas a la Constitución. La ruptura de este orden infringe la ley fundamental del Estado. De aquí la importancia de los recursos contra las leyes inconstitucionales Y contra los decretos contrarios a la Constitución como medios para defender el Estado de derecho.

4.- LA COSTUMBRE

La costumbre ha constituído la primera fuente formal del derecho desde el punto de vista histórico.

En las primeras etapas de la evolución jurídica de los pueb~os, la costumbre revistió gran importancia la misma que ha ido desapareciendo paulatinamente con los avances de la ley.
Sin embargo, pese a que la aplicación de esta fuente es muy limitada en nuestra época, en muchos casos deben tenerse en cuenta "los usos y modos consuetudinarios de conducta y que, incluso hoy día, no puede trazarse una línea divisoria tajante entre una regla jurídicamente obligatoria y una regla que no es obligatoria más que socialmente". En Roma la costumbre tuvo valor como fuente de derecho, y era designada con las palabras "mores" o "consuetudo" que aparentemente tenían el mismo significado. El "ius honorarium que suplementaba al derecho escrito, revela la importancia de la costumbre.
En la Edad Media, surgió un nuevo derecho consuetudinario contra el que lucharon los legistas y canonistas con propósitos de unidad legislativa.
La filosofía iusnaturalista y la corriente codificadora se opusieron " durante los siglos posteriores a la costumbre jurídica que fue perdiendo fuerza. "A medida que las relaciones sociales se complican, los grupos étnicos se fusionan, y las aspiraciones económicas se multiplican al influjo del cosmopolitismo y hacen necesaria una fuerte centralización política, escribió Geny, el poder del derecho consuetudinario cede y se retira ante el papel cada vez más preponderante de la legislación escrita"

La Escuela Histórica del Derecho -Savigny, Puchta- ha sostenido la tesis que en las sociedades primitivas "las normas jurídicas no eran impuestas desde arriba, sino que se desarrollaban desde abajo, de conformidad con la conciencia jurídica popular" .

Según esta doctrina, el derecho nace del "espíritu del pueblo" y no de una autoridad, y sólo cuando avanza la civilización esa función creadora se transfiere a un grupo de personas.

Como lo demuestra Bodenheimer, la organización patriarcal primitiva o el sistema de gobierno de casta o de grupo, hace suponer que las normas jurídicas en las antiguas sociedades humanas, nacían de la voluntad de los jefes o los grupos dominantes, aunque éstos estaban limitados por los propósitos de la sociedad y por sus necesidades económicas.

La costumbre en cuanto fuente formal de derecho se caracteriza por la presencia de dos elementos, uno material y el otro espiritual.
El elemento material está constituído por la observancia uniforme de la regla y por su práctica constante. El elemento espiritual es la conciencia de su obligatoriedad, denominada opinio necessitatis.

El primer elemento no basta por sí solo para constituir una costumbre jurídica. Los usos pueden repetirse constantemente y ser aceptados por muchas personas sin que por eso lleguen a asumir el carácter de normas de derecho. Es necesario que surja una conciencia de la obligatoriedad, característica de las reglas juridicas, a cuya nota de bilateralidad nos hemos referido antes.

De Diego menciona, siguiendo a Pfenniger, las diversas teorías sobre la transformación de una simple costumbre en costumbre jurídica: que puede deberse, a la convicción general jurídica de quienes la usan (teoría de la convicción), a la voluntad de transformarla en regla de derecho (teoría de la voluntad), a la

simple repetición (teoría del uso), al sentimiento y al reconocimiento por el Estado (teoría de la concesión).

La costumbre jurídica se distingue por los siguientes caracteres: su espontaneidad, su particularismo, su imprecisión, su formación lenta y su falta de autor conocido.

La costumbre fluye libremente del pueblo. A diferencia de la ley cuya formación se realiza dentro de ciertas pautas o reglas, la costumbre emerge como expresión de la vida.

La costumbre se halla limitada a un ámbito geográfico, a una clase, a un grupo. En su mayoría las costumbres surgen del uso local, tales como las de Alemania y Francia medioeval, en las que estuvieron constituídas "por una confusa variedad de normas provinciales, municipales, señoriales o profesionales" .

Esta fuente de derecho se caracteriza también por su incertidumbre e imprecisión ya que sólo se conserva en la memoria del pueblo.

De allí que sea necesario probar su existencia y sus alcances. Por esta razón surgió la exigencia de redactar por escrito el contenido de las costumbres y de reunir esos escritos en compilaciones, tales como los "coutumiers" franceses que datan del siglo XIII. Esa misma exigencia .obligó a Carlos VIII a dictar la ordenanza de Montils-les-Tours en 1554, prescribiendo la redacción de las costumbres provinciales.

La prueba de la costumbre es realizada, según antiguas prácticas judiciales, mediante consulta a cierto número de

personas notables (I'enquete de turbe), el estudio de precedentes prácticos o el informe de autoridades administrativas (Parloir au burgeois).
La costumbre se forma lentamente. Para que se imponga como norma de derecho' es necesario que los actos que la constituyen se repitan muchas veces. Esta repetición puede demandar un largo período de tiempo.
Finalmente, el autor de la costumbre no es conocido. Aquella nace de un 'acto o de una serie de actos, pero la crean todos los que la practican en el lento proceso' de su formación.

Las costumbres jurídicas revisten varias formas. En relación con la ley pueden ser: según la ley (secundum legem), si no se oponen a ésta y sirven para complementaria; fuera de la ley (praeter legem), que rigen casos no previstos por el derecho escrito, pero que no están en contradicción con él; y contra la ley (contra legem), cuando contradicen normas de ese derecho escrito. Hay también un derecho consuetudinario delegante (que autoriza la creación de derecho escrito) delegado (que se crea por mandato de la ley) y derogatorio (que nace por oposición a la ley).
Las costumbres se clasifican también en función del ámbito territorial de su validez, en generales si se extienden a un país o a varios, y locales que se observan en una región o pueblo.

De acuerdo con los sujetos, las costumbres son comunes si son obedecidas por todas las personas que se hallan en las mismas circunstancias, o especiales si pertenecen a un grupo, gremio, clase, profesión, etc.
Los tratadistas distinguen también las costumbres escritas y no escritas, técnicas y vulgares. Las costumbres escritas constan

en recopilaciones' oficiales, lé:s no escritas se conservan sólo por medio de la tradioión. Las costumbres técnicas son las prácticas judiciales o de los órganos administrativos; las vulgares, -del pueblo.

La formación de la costumbre, exige pluralidad de actos, uniformidad, tiempo, extensión y conciencia de su obligatoriedad. La pluralidad de actos es necesaria para la formación de la costumbre, ya que un solo acto, que puede ser su punto de partida, o un número limitado de actos, no son bastantes para constituirlas.
,Los actos repetidos deben ser uniformes; es necesario que "revelen acatamiento a una misma regla o principio". Si algunos contradicen o se oponen a otros, los destruyen y no puede formarse una costumbre.

La repetición debe realizarse durante determinado período. El Derecho Canónico exigía el tiempo de la prescripción; las Partidas, diez años entre presentes y veinte entre ausentes; para el derecho romano, después de cien años la costumbre asumía carácter inmemorial.
La extensión de la costumbre se refiere a la necesidad de que sus prácticas abarquen ciertos límites, no tanto geográficos, sino constituídos por grupos sociales, dentro de los que deben ser acatadas por la mayoría de sus individuos.
Finalmente, la conciencia de la obligatoriedad significa que debe existir la convicción de que la costumbre tenga que cumplirse por necesidades de conveniencia social.

5.- LA JURISPRUDENCIA

La palabra jurisprudencia encierra tres sentidos principales: ciencia del derecho, significa todo el conjunto de sentencias o fal!os dictados por los tribunales y, finalmente, esas sentencias sobre cierta materia, pero orientadas en sentido uniforme, esto es, como criterio, resultante de una serie de fallos concordantes para resolver determinada cuestión jurídica.

Se ha discutido mucho si la jurisprudencia, entendida como conjunto de sentencias o fallos de los tribunales, constituyen o no fuente de derecho. Según algunos autores, una sola resolución judicial puede ser considerada como fuente de derecho; según otros, es necesaria su repetición. Determinadas teorías sostienen que la jurisprudencia es fuente formal del derecho; algunas sólo fuente material, y no faltan las que le niegan esos caracteres.

Dentro del sentido que hemos señalado a las fuentes formales, como modos de expresión del derecho, una resolución judicial tiene este carácter para' las partes a quienes afecta; y constituye, en términos generales, fuente material, en tanto que hecho social creador de normas.

Los fallos de los tribunales sobre el mismo punto, orientados en sentido uniforme, constituyen para algunos ordenamientos jurídicos fuente principal del derecho, mientras que según otros su valor es únicamente supletorio. , Es importante considerar que ha sido objeto de discusíón el tema de la función creadora o simplemente declarativa de la jurisprudencia.
Para la doctrina tradicional, la sentencia del juez es un simple silogismo deductivo en el cual el caso materia de la controversia queda subsumido dentro de la ley, y el fallo es la conclusión del

razonamiento. En este sentido, las sentencias constituyen simple aplicación de las normas legales, y el juez representa una "máquina de subsumaciones" .

La jurisprudencia significa una actividad creadora, según la tendencia opuesta. "Es cierto que el intelectualismo dominante, escribe Cossio, en sus formas de racionalismo y empirismo, llevado a una ideología de seguridad jurídica, ha ocultado la existencia y la naturaleza de ese inmenso poder que detenta el juez, al presentar a los magistrados como autómatas silogísticos de los preceptos legales" 27, tal actitud significa un injusto recorte de la actividad judicial que como ha subrayado la Escuela del Derecho Libre, constituye una auténtica labor de creación.

Una posición ecléctica sobre esta materia, sostiene que el juez realiza función creadora sólo cuando llena las lagunas de la legislación, y qUe en los demás casos, en que se limita a aplicar la ley, su papel es simplemente declarativo.

Es indiscutible que la función judicial no es solo lógica. El juez no se limita únicamente a "juzgar". Su actividad principal es la valoración, y en ejercicio de esta tarea es un verdadero creador.
Para unificar la jurisprudencia, y a fin de asegurar su estabilidad, en varios países se ha establecido el recurso de casación.

Pronunciada una sentencia definitiva, se puede interponer contra ella el citado recurso, que debe ser fallado por un tribunal que no conoce el fondo del litigio, sino que tiene como finalidad concreta "casar" la sentencia recurrida, lo que significa que su misión es sólo juzgar si la ley ha sido bien o mal aplicada. Si la

corte de casación anula (casa) la sentencia, devuelve el asunto a un tribunal de revisión que púede sentenciar, ya sea de acuérdo con el fallo del tribunal de casasión, en cuyo caso que da concluído el asunto, o en contra, lo que determina un nuevo recurso de casación que debe ser examinado mediante un procedimiento más estricto.

La finalidad del sistema de casación consiste en que el más alto tribunal de un país, al precisar el correcto sentido de la ley, en determinados casos de aplicación, propenda a unificar los criterios interpretativos y favorezca, por ende, la estabilidad de la norma, y la forma correcta de aplicación de las leyes, señale el sentido que debe mantener la jurisprudencia que, de ese modo, logra verdadera estabilidad.
En los países regidos por sistema englosajón, la jurisprudencia ha alcanzado la categoría de verdadera fuente de derecho. En tales países "el derecho no, está codificado, el juez no es considerado como un intérprete de la ley, sino como una autoridad que "declara" la costumbre; su sentencia, al menos la de las cortes superiores, constituye un precedente que en el futuro obliga al mismo tribunal o a los tribunales inferiores (judge made law). El derecho inglés es un derecho esencialmente judicial" 28.

El derecho anglosajón distingue tres categorías normativas: statute law, common law y equity.
Se llama "statute law" a la "lex scripta", al derecho legislado que emana del Parlamento inglés o de las legislaturas de los Estados Unidos. El "common law" no equivale exactamente a la ley no escrita, por que comprende: las costumbres inmemoriales, las decisiones judiciale.s, las colecciones de sentencias y los

escritos de los juristas. Aplican el "common law" en Inglaterra algunos tribunales como el Tribunal del Banco del Rey, el Common Please y el Echequer, que hacen valer los precedentes. La "equity" proviene de las "Courts of Chancery", en InI glaterra Y de las "Courts of Equity", de los Estados Unidos, no ligadas I por el precedente, por cuya razón es un correctivo, como el ius honorarium del Derecho romano.

En general, los fallos de los tribunales han sido clasificados en' I dos grupos, entre los cuales no existe límite preciso: fallos de especie J y fallos de principio. Los primeros constituyen aplicación simple de la ley al caso concreto que los origina; los otros, que son los que crean. "jurisprudencia", interpretan las normas legales, llenan los vacíos de la legislación, Y sus resoluciones pueden ser aplicadas a casos semejantes, para los cualas constituyen verdaderos precedentes.

6.- LA DOCTRINA

La doctrina es considerada también como fuente formal del derecho, y puede ser definida como el conjunto de opiniones de los juriconsultos, emitidas con finalidad teórica o con el objeto de facilitar la aplicación del derecho.

La obra de los Jurisconsultos persigue -un triple propósito: cientifico, práctico y crítico.

Gracias a la labor que realizan los juristas ha nacido y se enrriquece, cada vez más, la ciencia del derecho; se facilita la aplicación de sus normas y se va perfeccionando el ordenamiento jurídico en general.

Desde la época del emperador romano Tiberio, los jurisconsultos más notables recibieron el "jus publice respondendi", o sea el derecho de emitir opiniones obligatorias para el judex privatus nombrado en el proceso, y para el magistrado. Siempre que el "respondum" exhibido por una de las partes, hubiera tenido como autor a un jurista autorizado y en él se hubieron observado las normas de rigor -estar otorgaea por escrito y sellado-, el juez tenía que respetarlo en su sentencia, si no se le hubiere presentado otro de diferente tenor y en idénticas condiciones. Esta autoridad de la que en un principio sólo gozaban, las respuestas dadas para un proceso, extiéndese luego por vía de coso tumbre, a otras formuladas con anterioridad, prescindiéridose también de la forma oficial, y bastando que las opiniones se manifestasen como doctrina en colecciones de responsa. Consérvase noticia de un rescripto del Emperador Adriano (76-138 d. de C.), en que se confirma expresamente costumbre y por el cual la opinión concorde de los jurisconsultos vinculaba al juez. Los dictámenes de los juristas privilegiados respanda prudentium se convierten así en una especie de fuente de derecho y su virtud va comunicándose poco a poco a toda la literatura jurídica.

Como en los últimos tiempos del Imperio lós jueces buscaban desordenadamente las opiniones de los jurisconsultos, se dictó la "Ley de Citas" en el año 426, publicada por los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, que reconocía autoridad sólo a Papiniano, Gayo, Paulo, Ulpiano y Modestino, que constituían el llamado "tribunal de los muertos" .

Esta ley fue derogada por Justiniano, que reconoció las opiniones de estos mismos juristas, recopiladas por Triboniaño en el Digesto o las Pandectas.
En la Edad Media, con el renacimiento del Derecho Romano (siglo XI) vuelve a tomar gran autoridad la doctrina a través de las opiniones de los antiguos jurisconsultos. En España en 1499 se declaró obligatoria la opinión de Baldo, Bartolo, y otros postglosadores.

Entre los códigos vigentes, el código civil suizo reconoce a la doctrina el valor de fuente de derecho, al prescribir que el juez, a falta de ley y de costumbre, debe inspirarse en aquélla y en la jurisprudencia.

No puede dejar de reconocerse la importancia de la labor de los juristas en la formación, la sistematización, la mejor apiicaciqn, la enseñanza y el progreso del derecho. Sin los grandes juristas de Roma, piensa Du Pasquier, el derecho romano no habría tenido tan alto valor. Es asimismo innegable la influencia de la doctrina sobre las otras fuentes del derecho, aunque el problema radica en saber en qué sentido es tal, la obra de los jurisconsultos. És obvio que ella será fuente material, como fenómeno de cultura, como valoración, pero su sentido como fuente formal, que no equivale al de las otras -ley, costumbre, jurisprudencia- no tiene mas alcance que el de iluminar el camino para el estudio y la aplicación del derecho, y abrir nuevas perspectivas a la obra del legislador y del juez.
Del Vecchio considera, por eso, que la ciencia en sí misma no tiene autoridad, y que la doctrina deviene norma vigente sólo cuando la ley- caso de los juristas romanos que fueron

investidos de función pú- f blica- o la costumbre, la convierten en tal.

SETIMA PARTE

LA TECNICA JURIDICA

CAPITULO I
LA ELABORACION DEL DERECHO

1.- Noción de Técnica Jurídica. 2.- Elaboración y aplicación del derecho.
3.- Procedimientos de elaboración: los conceptos jurídicos, las construcciones y las formas. 4.- Técnica legislativa.

1.- NOCION DE TECNICA JURIDICA

Los cambios a que está sujeta la vida social del hombre, el progreso de la ciencia jurídica, los avances del pensamiento y la necesidad de realizar cada vez más plenamente los valores del derecho, son otras tantas causas de las incesantes transformaciones de éste.

La elaboración de nuevas normas en virtud de tales exigencias, y la más adecuada aplicación de las vigentes a los hechos sociales que regulan, se realiza de conformidad con determinados principios cuyo conjunto constituye el contenido de la disciplina denominada Técnica Jurídica, que forma parte de la Dogmática o Ciencia del Derecho.

la expresión "Técnica Jurídica" no ha sido empleada con el mismo significado. Según Savigny, Técnica Jurídica es la "elaboración cientifica por parte de los juristas por oposición a la creación espontánea del pueblo".
Ihering considera que la Técnica Jurídica tiene un sentidp formal que consiste en determinar de qué manera debe establecerse y organizarse el derecho, abstracción hecha de su contenido, para que su mecanismo facilite y asegure la mejor aplicación de sus reglas.

. Stammler llama Técnica Jurídica al método de conocimiento y de exposición de un derecho históricamente dado.

Geny, en uno de los más logrados estudios sobre el tema, ofrece un concepto más amplio de esta disciplina. Parte de la oposición entre materia y forma del derecho. La primera está constituida por los "datos" y se sitúa en el campo de la ciencia, mientras que la segunda es aquella obra artificial del jurista y corresponde a la técnica.
La forma en el derecho, aclara Geny, "es una construcción, completamente artificial del dato, obra de la acción más que de la inteligencia, donde la voluntad del jurista pueda moverse libremente, dirigida solamente por el fin predeterminado de la

organización jurídica que sugiere los medios de su propia realización" .

Las reglas de la Técnica Jurídica, según esta doctrina, deben poseer ciertas cualidades fundamentales: 1°- Plenitud de determinación, es decir, que las reglas de.ben ajustarse a todos los postulata de la vida; 2°- Perfecta adaptación; 3°- Necesi9ad de realización; 4°- Simplicidad o economía de medios para alcanzar lo más fácilmente posible el fin propuesto; 5°- Lógica o coherencia racional en los procedimientos; 6°- Seguridad de los resultados, esto es, la estabilidad de las situaciones adquiridas y la previsibilidad de los efectos.

J. Dabin, en su interesante obra "La technique de l'elaboration du Droit Positif", as.imila algunas de las acepciones antes citadas, y considera que la Técnica está constituida por el conjunto de medios y procedimientos adoptados con el fin de .garantizar los fines generales y particulares-dei derecho, o sea los modos de protección según Demogue, o las reglas creadoras de los caminos del derecho, según Duguit".

El conjunto de procedimientos necesarios en orden a la elaboración de las fuentes formales del derecho y a su recta aplicación, constituye la Técnica Jurídica.

Compartimos la opinión de Legaz Lacambra sobre las relaciones entre la Sistemática y la Técnica Jurídicé. No se diferencian entré sí como la "ciencia" y la "técnica" en general, sino que se integran "como momentos dialécticos de la ciencia jurídica". Los mismos problemas y las instituciones del derecho pueden ser considerados desde el ángulo sistemático y desde el técnico.

Bajo el primer punto de vista como objetos de conocimiento; bajo el segundo como algo que debe realizarse.

Los defectos técnicos afectan profundamente al derecho, ocasionan dificuitades o demoras en la aplicación de la ley y hacen que ésta sea deficiente o mala, por cuya razón encierran "casi siempre una injusticia" .

2.- ELÁBORACION y APLICACION DEL DERECHO

La Técnica Jurídica trata de dos tipos de operaciones: unas que se refieren a la elaboración ,y otras a la aplicación del derecho.
Geny 7 al separar la materia y la forma, señaló los límites que existe entre la ciencia y la técnica.
Los .datos qu~ recoge la ci~nciason los siguientes: a) datos reales o naturales (condiciones físicas, sociales, morales: clima, suelo, producción, constitución humana, sentimientos, situación económica, etc.);
b) datos históricos (hechos de la vida humana determinados por cierta reglamentación); c) datos racionales (reglas necesarias, universales, inmutables); d) datos ideales (aspiraciones humanas, tendencias hacia una deseable organización jurídica).
Lo construído consiste en el empleo de dos tipos de procedimientos: las "formas" mediante las cuales se exterioriza la relación jurídica; y los procedimientos propiamente intelectuales que consisten en la elaboración de los conceptos jurídicos.

El camino lógico señalado es exacto, pero no es verdad que sólo la forma sea lo construído, también, "la materia es construída

según un método sui géneris, donde entran en combinación los motivos de justicia y de oportunidad que hacen que una materia sea específicamente jurídica". La adaptación de los datos a las formas jurídicas, tiene el significado de una construcción. .

La técnica de la aplicación comprende, la interpretación de las fuentes del derecho, su integración y la aplicacíón propiamente dicha de las normas en el tiempo y en el territorio.

Si se tiene en, cuenta el órgano que realiza. las funciones de e! aboración o de aplicación del derecho, la técnica se divide en legislativa, doctrinal y jurisprudencial. La primera se refiere a la formulación de normas generales, la segunda' a la investigación, la crítica y la enseñanza del derecho yla tercera a su aplicación en el proceso.

3.- PROCEDIMIENTOS DE ELABORACION

La elaboración del derecho comprende procedimientos inte! ectuales: la formulación de conceptos y la construcción jurídica.
El concepto es "la idea general del objeto propuesto al trabajo del esprritu". Los conceptos nacen de comparar las cosas conocidas, con el fin de descubrir semejanzas y diferencias, de allf que su función esencial sea la analogra.

El jurista no maneja cosas ni hechos sino conceptos. Gracias a ellos puede penetrar en el mundo de la realidad y someterlo a los principios y a las normas del derecho. De allí la importancia de los conceptos y de allí también la trascendencia de las funciones lógicas que se refieren a su elaboración, definición y precisión.

Los conceptos jurrdicos son signos de los objetos que comprende el derecho, que pueden ser objetos reales, ideales o simples relaciones; asr los conceptos de sujeto, documento, de justicia o de seguridad; de representación proporcional o de contrato, corresponden a esos grupos.

La definición de los conceptos tiene por fin precisar su contenido para lograr su exacta aplicación a los objetos. El jurista en su función teórica y práctica es un verdadero "profesional de la definición" como lo denomina con exactitud Dabin 1°. La carencia de definiciones y el empleo de otras vagas o imprecisas, llevan a cometer errores que redundan en injusticias.

La ordenación de los conceptos definidos lleva a precisar su valor, cuantitativo y cualitativo. La reduéción a cifras y la enumeración son los -modos de dichas operaciones.

Las presunciones y las ficciones corresponden al campo de la conceptuación juridica. La presunción consiste en tener por verdaderos ciertos hechos porque se han realizado otros cuyo enlace con aquellos ha sido demostrado por la experiencia (se presume que el poseedor de un mueble es su propietario). La ficción es una suposición que se tiene como válida (se reputa que todos conocen las leyes).

De los conceptos, la Técnica Jurídica se eleva hacia las construcciones, que constituyen explicación de reglas jurídicas "con relación a un principio capaz de unificarlas en un sistema armonioso" .

Las construcciones jurrdicas -llámense instituciones u organizaciones- pueden ser sistemáticas, cuando se limitan a ordenar y a explicar formas existentes; y creadoras, si dan nacimiento a nuevas elaboraciones bajo el imperio de exigencias sociales también nuevas.

Pero la Técnica Jurrdica no comprende solamente operaciones 16gicas, sino procedimientos que indebidamente se han 'denominado "materiales", cuyo fin es expresar los conceptos y las construcciones que realiza el derecho, en signos exteriores que son las "formas".

Geny define las formas como "elementos exteriores y sensibles" que rodean o comprenden un contenido con el fin de demostrar su existencia o su trascendencia y facilitar su prueba.

Las formas pueden ser ad solemnitatem, ad probationen y de simple publicidad. Las primeras son necesarias para que el acto pueda tener existencia; las segundas se emplean solo para comprobar su realidad Y las terceras son simples medios de conocimiento.

Puesto que el derecho señala las pautas a que debe someterse la conducta externa del hombre, las formas en cuanto modos de expresión de tales reglas de conducta, constituyen elementos de singular valor dentro de la estructura de aquél.

El antiguo derecho fue predominantemente formalista porque acentuó la importancia de las solemnidades y de los hechos, que tenían como objeto la exteriorización de los mandatos, y de

los actos jurídicos en general, como medio de obtener su cumplimiento, de facilitar su realización o de lograr su probanza. Con la aparición de la escritura -ley escrita, contrato escrito, procedimiento escrito- se van borrando tales formas para dar nacimiento a otras, que se acomodan mejor a la índo- le del hombre moderno y a la "espiritualización del derecho".
Cuando la Técnica Jurídica distingue entre actos "formales" y actos "no formales" no quiere con esto indicar que puedan existir unos que solo tengan contenido y carezcan de forma, y que otros sean solo formas sin contenido alguno. Con tal distinción no se hace sino aludir a la libertad en el empleo de formas en los llamados actos "no formales", y a la obligación de usar determinadas formas en los actos "formales" .

El formalismo jurídico ha sido combatido porque se le ha considerado como inconveniente para la evolución del derecho, por un lado, y por ser contrario a la libertad, por otro. Se ha dicho, que el apego a elementos externos es un grave obstáculo que impide el progreso del fenómeno jurídico, que debe marchar al ritmo de la evolución social, para acercarse cada día más al ideal de justicia, y que limita la libertad humana que puede emplear cualquier medio con el fin de nor. mar las relaciones intersubjetivas.

El derecho necesita, sin embargo, el empleo de formas, porque las reglas de conducta que lo constituyen, deben expresarse mediante sig~os exteriores. Por otra parte, como lo expresa con tanta claridad Ihenng, las formas no son opuestas sino más bien se hallan al servicio de la libertad. "Enemiga jurada de la arbitrariedad, escribió el gran iurista, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el frenó que detiene las

tentativas de aquellos que arrastran la libertad' hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son escuela de la disciplina y del orden, y por consiguiente de la libertad; son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse pero no plegarse. El pueblo, que profesa un verdadero culto a la libertad humana, que puede emplear cualquier medio con, el fin de ella, no es yugo' exterior sino vigra de su libertad" .

4.- TECNICA LEGISLATIVA

La Técnica Legislativa constituye uno de los medios más importantes para la elaboración del derecho. Esta tarea, comprende dos clases de operaciones: unas internas y otras externas. Las primeras se refieren a la concepción de la norma general en función de las fuentes materiales o reales del derecho; y la segunda, a su expresión y a su sancionamiénto.

La Técnica Legislativa impone las siguientes exigencias: que la 'ley se exprese en lenguaje adecuado; que se exponga en forma orgánica en articulos, capitulos, tltulos, códigos; que traduzca las necesidades reales de la sociedad en el momento de su dación, que exprese el pensamiento mismo del legislador y que realice del modo más adecuado los ideales de justicia.
Si es cierto que todo el derecho no se reduce a co'nstrucciones técnicas, no puede negarse el valor de lo creado por el jurista cuya finalidad es buscar la mejor realización de aquél, al servicio de los valores jurrdicos.

CAPITULO II

LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

1.- Naturaleza Y objeto de la interpretación. 2.- Clases de interpretación. 3.- Diversas escuelas sobre la interpretación. 4.- Elementos y reglas de la interpretación. 5.- Valor de la interpretación.

1.- NATURALEZA DE LA INTERPRETACION

Las normas jurídicas expresan mediante el lenguaje hablado o es.~ ' crito pensamientos sobre los diversos objetos que pertenecen al mundo del derecho.
Para aplicar las normas a los hechos es necesario descubrir los pensamientos que encierran las palabras y llegar, de ese modo, hasta los objetos. Este proceso se denomina interpretación.

El intérprete toma el lenguaje como punto de partida; sigue hasta el pensamiento y de allí al objeto. En la elaboración del derecho se recorre el mismo camino pero en sentido inverso: del objeto se pasa al pensamiento que se traduce gracias a .la palabra.

Algunos tratadistas consideran que la interpretación significa algo más. No debe limitarse a la ley (interpretatio legis) sino que

debe trascender hasta el derecho con el fin de investigar sus alcances con relación a los hechos (interpretatio juris). .
"Interpretar una norma jurídica, enseña Enneccerus, es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para la resolución.

Con un criterio mucho más amplio aún, se sostiene que la interpretación abarca todos los aspectos .de la realidad jurídica -como norma, como orden y como decisión- cuyo sentido es menester desentranar. "La interpretación así considerada, escribe Castán Tobeñas, traspasa el círculo de la pura aplicación del derecho y se mueve en la más amplia esfera de elaboración del mismo (tanto práctica como teórica), si bien constituye únicamente -y ello revela el acierto de ese punto de vista- un primer estudio de esa elaboración, que recoge aquellas realidades o existencias, para después someterlas a ulteriores operaciones de construcción, sistematización y creación jurídicas"

El examen de la norma jurídica con el fin de descubrir los pensamientos que contiene y referidos a los objetos, he aquí el verdadero alcance de la interpretación.

Pese a la necesidad de la interpretación ha existido una corriente doctrinaria que ha tratado de excluirla.
f Una constitución dada por Constantino reservaba el derecho de interpretar al Emperador, y otra de Justiniano sancionaba como reo del , delito de falsedad a quien realizaba dicha tarea por su cuenta.

Las Partidas españolas prescriben que interpretar y hacer entender las leyes pertenece a quien las dictó o a su sucesor. Según las Leyes de Toro y en la Nueva y Novísima Recopilación corresponde al rey la interpretación de las leyes. Montesquieu se opuso a toda interpretación de las leyes, y Beccaria es autor de esta frase: "tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede existir en los jueces del orden criminal". Códigos como el Corpus luris Federiciani prohiben dicha actividad, y el Código Penal de Baviera (1813) comprende como anexo las "observaciones oficiales" a las que debían atenerse los jueces.

La actitud prohibítiva frente a la interpretación significa una taxativa puesta contra la libertad por el poder político, cuyas causas fueron: el racionalismo predominante, el monopolio del derecho oficial y la importancia de la ley escrita frente a las otras fuentes.

Sobre la naturaleza de la función interpretativa han discutido larf gamente los partidarios del intelectualismo y los del voluntarismo.

El intelectualismo considera que la interpretación es un acto de la inteligencia que realiza una serie de operaciones con el objeto de descubrir el sentido de una proposición jurídica.

El voluntarismo por su parte, sostiene que más que desentrañar el significado de las expresiones, interpretar vale tanto como crear. "La tarea de extraer de la ley la sentencia justa o el actó administrativo justo -escribe Kelsen- es esencialmente la misma que crear dentro del marco de la constitución las leyes justas. Así como de la constitución no puede extraerse leyes justas por

interpretación, tampoco puede extraerse de la ley, por interpretación, sentencias justas" .

Es evidente que la interpretación consiste en una tarea de la inteligencia que es la búsqueda del sentido de las proposiciones jurídicas dentro de la más amplia libertad. Por eso es difícil precisar el límíte que separa la interpretación propiamente dicha de la creación. Pero dentro de esos extremos -la interpretación y la creación- la labor del intérprete está limitada por un elemento objetivo: la pretensión de verdad que encierra la norma que debe hacerse valer en todos los casos controvertidos 4.

Si interpretar es buscar el sentido de la proposición jurídica, surge de inmediato una pregunta ¿cuál es ese sentido? El subjetivismo y el objetivismo responden en términos diferentes.

Para el subjetivismo Io que el intérprete debe investigar es la voluntad del legislador (mens legislatoris), lo que éste ha querido y como tal ha expresado en la ley. Según el obietivismo, debe buscarse la voluntad de la ley (mens legis), lo que en ella aparece como objetivamente querido.

Mientras la primera teoría sostiene que la ley no puede ser entendida de otro modo que como "mandato" que es voluntad dirigida hacia la regulación de las relaciones jurídicas, y queqicho mandato proviene de la mente del legislador, la segunda se apoya en la forma como se originan .las normas, en el valor de éstas~ consideradas en sí mismas, y en el carácter de los objetos culturales, para atribuir a la ley un sentido independiente de lo querido por su autor.

Pese a los claros argumentos del objetívismo, algunos autores señalan que es imprescindible, en la interpretación de la norma, la consideración de la voluntad del egislador. Aún si se concibe la ley como expresión de la voluntad colectiva "no tenemos que preguntar que es lo que pensó éste o aquél de los que intervinieron; no nos figuramos al legislador como ser vivo, no hacemos ningún conjuro místico, ni construimos ficción alguna, sino que preguntamos qué contenido de voluntad (en el sentido de base y fin) ha llegado a culminar en el acto legislativo, y ha encontrado una expresión, aunque incompleta, en la ley" .

Se agrega, que prescindir de la voluntad del autor convierte a la ley en "efecto sin causa" y dificulta desentrañar su sentido que se halla en la inteligencia de un hombre o de un grupo de hombres.
Carnelutti, ve en la interpretación un proceso que consiste en "volver a pensar lo que ya ha sido pensado". "y. en eso está también su riesgo: en que sirva para provocar un pensamiento distinto" .

Es que el pensamiento que contiene .la, expresión no se confunde con el proceso psicológico del pensar. El pensamiento es ideal e inmutable; el proc!3~o signifjpa una actividad psíquica temporal. El intérprete capta el pensamiento y lo piensa con referencia a la aplicación buscada.

El subjetivismo absoluto, considera los pensamientos como sim-, pies productos de la mente. El objetivismo ve en ellos un resu"ado. EJ intérprete debe seguir el camino del pensar ajeno, para alcanzar el significado que se pretende expresar mediante la fórmula.

En el "repensar el derecho" que es la interpretación, es inevitable el factor personal y por eso, pese a que el pensamiento no se confunde con la función subjetiva del pensar, la interpretación evoluciona incesantemente. .

2.- CLASES DE INTERPRET ACION

Si se toma en cuenta la persona que realiza la interpretación, esta puede ser legislativa, judicial y doctrinaria.
La interpretación legislativa se denomina también auténtica y es la que proviene del propio legislador mediante una ley interpretativa.
Aparentemente la interpretación legislativa debería conducir a las soluciones más exactas, pero no es así. El personal legislativo es cambiante Y la dación de las leyes está sometida a circunstancias políticas y sociales que son también variables.

La interpretación judicial se denomina jurisprudencial o usual y s la que corresponde a los tribunales. Es obligatotria para las partes es la que intervienen en un proceso o para casos ana ogos en os paises donde existe casación.

La interpretación doctrinal libre, es la realizada por los juristas. Esta interpretación carece de obligatoriedad formal, pero se impone por el prestigio o por la calidad de sus autores.

Si se considera la extensión y el alcance de la interpretación, cabe distinguir la denominada declarativa o estricta, la extensiva y la restrictiva, Er;- el primer caso el intérprete adecúa el espíritu de la ley a lo que expresa el texto; en el segundo,

extiende el texto a supuestos no comprendidos expresamente, y en el tercero, limita la fórmula a determinadas circunstancias entre las mencionadas en ella.

La forma más corriente de interpretación es la declarativa que tiene por objeto explicar el texto de la ley. Este procedimiento se emplea cuando las palabras son imprecisas u obscuras y se busca desentrañar a través de ellas la mente de la ley y del legislador.

Cuando los términos de la ley expresan menos de lo que el legislador quiso decir, y se trata de averiguar cuáles son los verdaderos alcances de su pensamiento superando los límites de la fórmula, la interpretación es extensiva Más que extensiva es esta interpretación "integrativa" puesto que su objeto es referir la norma, no a casos nuevos sino a aquellos que contiene virtualmente, porque sL así no fuera no sería interpretación sino creación.

Los procedimientos de interpretación extensiva son: el argumento a pari, que consiste en referir al caso no previsto la misma consecuencia que al previsto por identidad de razón entre ambas hipótesis; el argumento a fortiori, cuando los hechos constitutivos de la hipótesis de una norma se dan en forma más clara y evidente en circunstancias no comprendidas expresamente por aquella (si la ley permite lo más, permite lo menos; si prohibe lo más prohibe lo menos); el argumento a contrario, que consiste en referir la regla contraria a una norma, para solucionar los casos contrarios no legislados.

La interpretación restrictiva limita el significado de las palabras de la ley cuando se supone que- expresan más de lo que fue la intenClon del legislador. "Los antiguos doctores se esforzaban por precisar los casos en que procede la interpretación restrictiva, Pero en realidad, no cabe someter a reglas absolutas esta interpretación, pues lo esencial en ella es indagar la vollJntad real o verdadero pensamiento de la ley.

Puede, sin..EtlTIbargo, in.d.icárse que la interpretación restrictiva tiene lugar, especialmente en estos tres casos que señala Ferrara: 1°- Si el texto, entendido en modo general como fue redactado, vendría a contradecir otro texto de la ley; 2°- Si la ley contiene en sí una íntima contradicción (argumento ab absurdum); 3°- Si el principio aplicado sin restricción va más allá del fin para que fue ordenado. Tal resultaría, por ejemplo, si el artículo 1903 apartado 29 de nuestro Código Civil se aplicase a todos los casos de tipos menores de edad y no únicamente a los menores no emancipados".

3.- DIVERSAS ESCUELAS

Las diversas escuelas jurídicas que se han ocupado del tema de la interpretación, propician métodos diferentes.

El método gramatical o fUológico, empleado por los glosadores y po~losador4js, repara en las palabras, para desprender de ellas o de su modo de empleo, la intención del legislador. Los partidarios de este procedimiento, recurrían principalmente a la etimología, a los sinónimos, a los textos paralelos, a los ejemplos fraseológicos, etc. Si bien es cierto que no basta el análisis de los textos considerados en sí mismos, esa operación constituye un punto de partida para llegar a su sentido.

. - El método exegético o histórico corresponde al .apogeo del racionalismo jurídico. -Las características de este procedimiento son: la identificación de todo el Derecho con el derecho positivo y la de éste con la ley; el propósito de la interpretación como la búsql,leda de la voluntad del legislador; la importancia del argumento de aútoridad; el carácter eminentemente estatal del derecho; el empleo del procedimiento lógico deductivo y la negación del valor de la costumbre.

Bajo la influencia de los códigos, los exégetas proclamaron un culto exagerado a la ley escrita, como fuente primordial del derecho.

"Son famosas las palabras de Bugnet: "yo no conozco el Derecho Civil; y no enseño más que el Código de Napoleón"; o las de Demolombe; "mi divisa, mi profesión de fe es ésta: los textos sobre todo" .

La interpretación no debe perseguir otra cosa que descubrir la intención del autor de la ley, puesto que nadie puede usurpar el poder de aquél. La voluntad de la leyes la voluntad del Estado que se expresa mediante ella y no según otro medio. Tal es la filosofía del exegetismo.

Geny ha criticado duramente las conclusiones del método exegético. Su defecto principal consiste en "inmovilizar el derecho". Además, bajo la apariencia de respeto a la fórmula, introduce el subjetivismo más desordenado. Por otra parte, la ley como obra humana, siempre es incompleta Y requiere el auxilio de las otras fuentes del derecho.

La escuela histórica, bajo la inspiración de Savigny, considera que la interpretación consiste en "co'ocarse en el punto de vista del legislador", "reproducir artificialmente sus operaciones y recompensar la ley en su inteligencia".

Para llegar a esos resultados, según Savigny, deben analizarse cuatro elementos: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

"El elemento gramatical de la interpretación, tiene por objeto las , palabras de que el legislador se sirve para comunicamos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes.

"El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes.

"El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada: determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer". .

"Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el .lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos ese conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquélla ocupa en ese sistema".

El método de la evolución histórica, sustentado por Raymond Saleilles en su "Introducción á "etude du droit civil allemand", considera que la interpretación, en vez de buscar la voluntad subjetiva del legislador, debe perseguir el mejor modo de aplicación de la ley conforme a su fin.

La finalidad de la ley, o sea el propósito que ésta se halla llamada a cumplir, debe adaptarse a las necesidades sociales sujetas a continuo cambio, mediante progresivas modificaciones de la interpreta-- ción misma.
Este método exige que se dote a los jueces de amplias facultades y que a la vez se les señale ciertas bases objetivas. Entre estas últimas, merecen considerarse: la analogía, la conciencia jurfdica colectiva, que está sobre las apreciaciones subjetivas, y el derecho comparado que señala pautas para la evolución del derecho nacional.

Son manifiestos los defectos de este sistema. Por un lado, la voluntad del legislador ha sido reemplazada por un factor no menos difuso que es la finalidad de la ley; y.por otro, a pesar de los e!ementos objetivos que propugnan el método, deja librada la tarea interpretativa al subjetivismo del juez.

Geny propone el método de la "libre investigación cientrfica".
Considera que la interpretación debe buscar la voluntad del legislador, pero que el único camino para tal búsqueda -no es la ley, que, aunque representa la fuente más importante, en caso de lagunas de la legislación, el intérprete debe recurrir a otras fuentes, como la costumbre, y en última instancia la naturaleza de las cosas, mediante la "libre investigación científica".
El intérprete, con el propósito de captar la voluntad del legislador, debe recurrir: a) el método gramatical, con el fin de aclarar los texI tos; b) deberá apelar después a lógica, para buscar el sentido de la ley relacionándola con otras normas dentro de un sistema; c) si estos métodos son insuficientes, estudiará los trabajos preparatorios de la ley, Informes

parlamentari.os, notas de los codificadores o autores a la ley subrogada; d) siguen a los citados procedimientos, la investigación de otras fuentes formales (la costumbre, la autoridad y la tradición) y, e) a falta de todo apoyo formal, para llenar las lagunas, queda el método de la "libre investigación científica". Se denomina asf -libre- porque se encuentra sustrafda a toda autoridad positiva y científica porque se apoya en bases objetivas reveladas por la ciencia.

Gaudemet ha puesto de relieve el valor de esa teorfa que "restablece la costumbre, al lado de la ley escrita, como fuente formal, cuando menos subsidiaria; y en caso de lagunas de las fuentes formales, abre al intérprete el campo ilimitado de la libre investigación científica, sin restringir esa libertad por ninguna referencia a la ley, muda por hipótesis, e incapaz de proporcionar ninguna dirección que no sea arbitraria y artificial... La libertad de investigación asf instaurada no tiene nada de anárquico, contenida cqmo está por la frontera del dominio reservado a las fuentes formales (alargado, además, por la teoría de la analogía), Y a la vez por todas las reglas de lógica general que impone a la investigación la idea misma de ciencia".

La escuela del "derecho libre" trata de eliminar la hegemonía de la lógica y de la ley, y considera la interpretación como una tarea de verdadera creación.
Kantorowicz -que en 1906 publicó, bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius, el opúsculo titulado "La lucha por la ciencia del derecho" es el más agudo defensor de esta doctrina. En ese trabajo y en los posteriores, sostiene las tesis del papel creador de la ciencia jurídica; de la labor renovadora del juez; del antidogmatismo y del anti-racionaiismo del derecho.

Recuerda Du Pasquier, que Kantorowicz tomaba como ejemplo a Bartolo, "que en presencia del caso por resolver invitaba a sus alumnos a encontrar primero la solución según la justicia y a no buscar sino después las fuentes para motivarla" 15. Este procedimiento es contrario a toda construcción jurídica que elabora la regla y deduce de ella" consecuencias extrañas de las que derivan los abusos del juez.

La tendencia denominada "derecho libre" se ha expresado a través de varias corrientes: aquella que atribuye al juez libertad plena en su "decisión" basada en factores irracionales, frente a la norma que es sólo instrumento de coordinación; otra que inspira la interpretación en las costumbres" y en las prácticas sociales; y la que tiene en cuenta los intereses en juego.

El método interpretativo que propugna la escuela del derecho libre no es tal; supera los límites de la interpretación para convertise en verdadera creación, y su mayor peligro es la anarquía y la inseguridad en las decisiones 16. , Kelsen liga el fenómeno de la interpretación a la producción jurídica. En el orden escalonado de las normas del derecho -la constitución, la ley, la sentencia- la norma de grado superior regula la producción de la de grado inferior y eventualmente el contenido de la noro ma a producirse.

"Como profesión de fe de todos los partidarios del Derecho libre, puede considerarse la formula llevada por Eugen Huber al arto 1. del Código Civil suizo: "La ley es aplicable a todos los casos jurídicos previstos en su texto que pueden resolverse mediante su interpretación. Cuando no pueda deducirse de la ley precepto

alguno para resolver el caso, el Juez deberá ajustarse al Derecho consuetudinario y, a falta de éste, fallarlo con arreglo a la norma que él mismo establecería como legislador, atendiéndosé" para ello a la doctrina acreditada yola tradici6n" Radbruch. Introducción, cit. pág. 126.

"Pero la determinación no es nunca completa. La norma de grado superior no puede ligar en toda dirección al acto por el que es ejecutada. Siempre ha de quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de manera que la narma de grado superior tiene siempre, con relación al acto de producción normativa o de consumación que la ejecuta, el carácter de un marco que ha de ser llenado por ese acto" , De aquí se desprende que el acto de ejecución, dentro de tal marco, puede depender de cualquiera de las diversas significaciones que se atribuya a la norma. No existe, pues, una sola posibi!idad de interpretación sino varias y dentro de ellas no prevalece una que pueda denominarse "recta" porque no hay método jurídico normativo que conduzca a esa única sotución. Si por "interpretación", reitera Kelsen, se entiende la verificación (Feststellung) del sentido de la norma a ejecutarse, el resultado de esta actividad sólo puede ser la verificación del marco que representa la norma a interpretarse y, por tanto, el conocimiento de las posibilidades varias que están dadas dentro de ese marco"

Más que el método de la interpretación, el iniciador de la Teoría Pura del Derecho, señala las posibilidades del intérprete en el acto de adecuación de la norma superior a los grados inferiores del orden jurídico.

4.- ELEMENTOS Y REGLAS DE LA INTERPRETACION

Los elementos del proceso interpretativo o, sea los medios de que el intérprete se sirve para rea1izar su labor, han sido clasificados diversamente. Muchos autores modernos mantienen aún la división de Savigny. Otros consideran que tales elementos no son sino dos: el gramatical y el lógico.

Si la interpretación es, como señala Radbruch 19 "una mezcla inseparable de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creadores, productivos y reproductivos, científicos y supracientíficos, objetivos Y subjetivos" todos desempeñan un importante papel en ella.

Los medios de que se vale el intérprete no son operaciones separadas, sino procedimientos que concurren al mismo fin: alcanzar el sentido de la norma.

El punto de partida de la interpretación es el anáiisis gramatical, para continuar hacia el examen lógico que puede referirse al estudio de los elementos que constituyen la fórmula (lógica interna) o a la relación entre aquella y las circunstancias exteriores (lógica externa). .

La lógica interna persigue lo que el legislador ha querido expresar. La lógica externa se refiere a dos factores: el fundamento racional o el fin esencial de la ley (ratio legis) y las circunstancias determinantes de su dación (occasio legis). Tratándose de la ratio legis el intérprete debe tomar el sentido que mejor satisfaga a la justicia.

El procedimiento sistemático es otro de los medios interpretativos. Consiste en relacionar la norma con las que forman una institución jurídica dentro de un sistema determinado de derecho. Para llegar al sentido de la fórmula,

debe tomarse en cuenta su ubicación dentro del derecho positivo y su concordancia con otras.
Es notable la importancia del procedimiento histórico en terpretación, porque "las disposiciones legales, aun aquellas que con mayores apariencias de novedad, son siempre reproducción, ficación o desarrollo de un derecho preexistente" 20.
Los factores históricos de las normas, están constituidos por sus precedentes remotos, por los precedentes próximos y por los trabajos preparatorios en el caso de la ley, a los que atribuyó exagerada importancia la doctrina clásica.

El elemento comparativo o sea el estudio del derecho de otros países constituye también un medio valioso para la interpretación, por la mutua influencia de los sistemas nacionales de derecho y por la raíz común de ciertas instituciones jurídicas.
El factor sociológico se halla constituido por las necesidades de la comunidad en un momento determinado que deben tenerse en cuenta para indagar hasta qué punto sirvieron de inspiración a los autores de la norma. Finalmente, el elemento técnico se refiere a la naturaleza de las instituciones que se pretende reglar y alas caracteres que éstas ofrecen. .

El Derecho Romano y muchos ordenamientos posteriores, especialmente los españoles, han señalado algunas reglas para la interpretación. Las principales de éstas son las siguientes: debe rechazarse la Interpretación que conduzca al absurdo; "donde la ley no distingue no se debe distinguir" (ubi lex nom distinguit nec nos distinguen: debemus) porque si el legislador hubiera querido distinguir habría señalado expresamente las excepciones. "Donde la razón es la misma, idéntica debe ser la

regla de derecho" (ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet). Este precepto significa que para los mismos supuestos normativos valen las mismas disposiciones. "Si la ley precisa un caso se entienden excluídos los demás" (incluso unus est exclusio alterius). Tal pauta es muy discutible porque la inclusión de un caso no excluye todos los demás sino cuando son contarios. "Si la ley autoriza lo más, permite lo menos" (ad maiori ad minus). "Si la ley prohibe lo menos, con mayor fuerza prohibe lo más" (ad minori ad maius). "Las materias favorables han de ser objeto de ampliación; las odiosas de restricción" (favoriabilia ampliaanda, odiosa restringenda).

Las reglas citadas y otras semejantes, constituyen aplicación de los principios lógicos generales y su validez deriva de éstos.

5.- VALOR DE LA INTERPRETACION

El racionalismo sostuvo la tesis del valor absoluto de los códigos y de las leyes y, en consecuencia, la inutilidad de la interpretación. El Código de Baviera de 1812 prohibía expresamente a los jueces interpretar, como lo hizo antes el Fuero Juzgo, que llegó a penar con azotes a quien lo hiciera.

La necesidad de la interpretación es evidente. La proposición jurídica es una fórmula que para aplicarse debe ser pensada por quien la aplica. Este proceso constituye ya una interpretación, puesto que no tiene btro fin que el hallazgo del sentido de la norma. , Además, la regla jurídica -aún en el caso de textos claros- no puede considerarse aisladamente sino como parte de un tpdo y esta referencia es también un procedimiento que corresponde a la interpretación.

La eficacia de la interpretación y el valor de sus resuitados dependen: del intérprete, de la regla que se interpreta y de la operación misma de interpretar.
El principal factor de la interpretación es la persona que la realiza, llámese legislador, juez o jurista. El intérprete requiere calidades personales: inteligencia, sutileza, sentido de justicia para alcanzar esa visión de los valores que encarna la ley, y conocimiento profundo del derecho.

La llamada interpretación auténtica, en muchos casos no es solamente tal, porque el legislador, por la naturaleza de su función, no se limita a señalar el sentido de la fórmula.

La regla que se interpreta debe constituir la expresión adecuada de pensamientos susceptibles de ser aprehendidos y comprendidos, para llegar a las valoraciones que los inspiraron.
Finalmente, la interpretación misma no es sólo una operación lógica sino también axiológica. La interpretación no termina en el hallazgo de los pensamientos que expresa la fórmula gramatical que se interpreta. Tales pensamientos constituyen el punto de partida de una valoración, porque la norma jurídica -como se ha dicho antes es un objeto cultural, apunta hacía un valor que debe ser el término de la operación interpretativa.
El conocimiento axiológico al que en última instancia conduce la interpretación, exige no sólo el empleo de la inteligencia sino del sentimiento. Se llega a los valores del derecho, como a los demás valores, por la via intelectual y por la emocional. .
La infecundidad de los métodos clásicos de interpretación ha nacido de su exclusivismo y, sobre todo, de la falsa concepción de .las normas juridicas a manera de las leyes matemáticas o

trsico-naturales. Si el derecho pertenece al mundo de la cultura, interpretarlo es comprenderlo -desentrañar los valores que expresa- dentro del amplio sentido que posee aquel término en el ámbito de las ciencias culturales.

CAPITULO III

LA INTEGRACION DE LA NORMA

1.- La plenitud del orden jurídico y las lagunas del derecho. 2.- Procedimientos de integración: la analogía, los principios del derecho y la equidad.

1.- LA PLENITUD DEL ORDEN JURIDICO y LAS LAGUNAS DEL DERECHO

Numerosos hechos de la vida social no han podido ser previstos por el derecho y, por tanto, no existe para ellos una norma expresa. A este fenómeno, que consiste en "ausencia de regulación" específica se le denomina "laguna".

En ese estudio insuperable sobre la equidad que contiene el libro V de la "Etica Nicomaquea" de Aristóteles, existe una referencia precisa a las lagunas de la ley y al modo de llenarlas. "En consecuencia, cuando la ley hablare en genefal y sucediere algo en una circunstanCia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría legislado". Ob. cit. Libro V, Cap. X. pág. 130.

En el mismo sentido, la jurisprudencia romana confió a los magistrados la alta misión de integrar los vacíos del derecho mediante la naluralis rallo y el bonum el aequum. El Digesto (1.3.10) dice: "Ni las leyes ni los senatusconsultos pueden prescribir de modo que comprendan todos los casos que de vez en cuando ocurren, sino que basta que contengan los que ordinariamente acontecen". En otra parte (1.2.7) añade: "quod praetores InIroduxerunt adiuvandl, vel suplendi, vel corrigendi iuris eivilis gratia".
Los juristas medievales proclamaron con hondo sentido humano "ubie jus defieil aequitas supplet". La ley española de Huesca (1247) contiene este párrafo: ubidieti fori non suffieerint, ad naturalem sensum vel aequitas reeuretur".

El intérprete Antonio Gómez, en el comentario de la Ley Primera de Toro, aconseja recurrir a la razón natural en caso de deficiencia de la ley y de la costumbre: "deficiente lege el consuetudine; recurrendum est ad rationem naturalem".

La corriente iusnaturalista reconoció también la existencia de lagunas, pero no así el historicismo ni menos el positivismo, que contemplaron el panorama del derecho como la plenitud de un ordenamiento sin vacíos ni espacios en blanco.
Enneccer,us admite cuatro tipo de lagunas: 1° Cuando "la ley da el juez una orientación general, señalándole expresa o tácitamente hechos, conceptos o criterios, no determinados en sus notas particulares, y que el juez debe investigar y estimar en cada caso concreto"; 2° Cuando "la ley calla en absoluto"; 3° "Cuando dos leyes sin referencia alguna entre sí, se contradicen haciéndose recíprocamente ineficaces"; y 4° Cuando "la norma

es inaplicable por abarcar casos y acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquéllas o sospechado éstas" .

Para la Ciencia del Derecho, el problema de las lagunas exige la solución de estas dos cuestiones: 1° qué se entiende por lagunas; y 2° en caso de existir lagunas cómo deben ser colmadas.
Bajo el título de "Lüchen in Recht" , E. Zitelmann, a comienzos de este siglo, en 1903, fue uno de los primeros en tratar de manera sistemática, principalmente, la primera cuestión.

Se habla de "lagunas" cuando un ordenamiento carece de la norma adecuada para resolver determinado caso o cuando la norma o normas existentes no conducen a una solución que se estima justa. Se llama a la primera "verdadera laguna" y a la otra "falsa laguna".

Es evidente que el derecho, como objeto cultural creado por el hombre para expresar valores, con el propósito de regular la conducta intersubjetiva, presenta vacíos, deficiencias, limitaciones, lagunas, en una palabra, ya sea por defectos de la norma o porque ésta no corresponde a determinado ideal de justicia.

Se atribuye a las lagunas diversas formas. Paul Foriers llama verdaderas lagunas o lagunas sufridas a las que se deben a falta de norma; y falsas lagunas o lagunas creadas, aquellas que se presentan cuando una regla no parece oportuna, satisfactoria o justa.

Amedeo G. Comte divide las lagunas en deontológicas (inadecuación del orden normativo al debe ser) y ontológicas (inadecuación al ser). Las del primer grupo son: ideológicas (inadecuación a una idea, Ideal o ideología) y teleológlcas (~ un fin). Las del segundo grupo Son: críticas (imposibilidad de una evaluación deóntica) y diacrrticas (imposibilidad de adoptar una decisión) .

El lógico del derecho Ulrich Klug reconoce los siguientes tipos de lagunas: verdaderas y no verdaderas; intencionales y no intencionales; primarias (presentes en el nacimiento de un sistema normativo) y secundarias (originadas más tarde); lagunas en la ley y lagunas en el derecho; lagunas provisorias, inmanentes y trascendentes.

Zitelmann separó las lagunas auténticas de las impropias; Burkhart las lagunas auténticas o lógicas de las impropias o éticas; Larenz las cerradas y las abiertas; Pestarshek las lagunas de intuición y las de sistema. Weigelin distingue las conscientes de las inconscientes; Schreier las trascendentales e inmanentes; las materiales y las formales; las que se deben a falta de determinación, de claridad y las de delegación.

Sin embargo, numerosos tratadistas sostienen que el ordenamiento jurídico es completo y se apoyan en dos teorías: la teoría "del espacio jurídico vacío" y la teoría dé "la norma general exclusiva". La primera teoría (Karl Bergbohm, A. Brinz, Santi Romano) sostiene que el comportamiento o está regido por normas o no lo está. En el primer caso pertenece al derecho; en el segundo no, se halla fuera de él. Según la segunda teoría, las normas jurídicas se. hallan rodeadas por una norma general,

"que excluye de la reglamentación prescrita todo otro comportamiento" .

Dentro de esta corriente, Zitelmann, aunque antes fue abordado el tema por Juristas de la talla de Brinz y de Bergbohn, presenta un planteamiento completo y original. Tomando varios ejemplos de la aplicación del Código Civil y del Código de Comercio de Alemania, Zitelmann explica el orden jurídico como "un mar inmenso y ondulante de hechos posibles en el cual surgen a manera de islas algunos hechos a los que la ley ha ligado e! nacimiento de un deber de indemnización o de un derecho del Estado a castigar, o bien la adquisición de propiedad o cualquier otra consecuencia jurídica. En cuando no hay isla, por doquiera permanece el mar libre. O sin usar esta imagen: en tanto el orden jurídico no ha ligado a un cierto hecho una consecuencia jurídica terminada, no puede ella adminirse; sólo el orden jurídico podría cone der al hecho la fuerza para producir esa consecuencia".

En el derecho eXiste una reg a genera nega Iva que expresa que "son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario" - según la cual, con excepción de los casos expresamente aludidos todos los demás están libres de consecuencias jurídicas.

La citada regla general establece, que no se producen efectos jurídicos cuando la ley no los señaló expresamente. De este modo, el papel de la leyes el de fijar las excepciones para los casos que salen del ámbito de aquella regla general.
Cuando se habla de lagunas, agrega Zitelmann, "se trata en realidad de que falta en la ley, para determinar hechos, una

regulación jurídica diferente de la norma general" . Para expresarlo en otros términos, si existe una regla general y la ley sólo regula las 'excepciones, las llamadas lagunas provienen de la falta de determinadas normas de excepción para ciertos casos que aparecen, de ese modo, como no regulados.

Formulada este tesis, cuando el juez suple las lagunas deja de contemplar los casos nuevos a la luz de la regla general y "les aplica un precepto jurídico nuevo, la mayoría de las veces desenvolviendo otras reglas generales ya existentes" 10.
Sin embargo, pueden distinguirse tres casos diferentes, según Zitelmann. Cuando una situación de hect)o se halla reglamentada por un ordenamiento jurídico especial (Derecho Civil) y no por otro ordenamiento jurídico especial (Derecho Penal, por ejemplo). En este caso no existen lagunas, porque si así fuera habría que admitir tantas como ramas del derecho. Las llamadas "lagunas impropias" se presentan cuando la ley contiene reglas generales pero no contempla las circunstancias peculiares del caso, "la legislación deja al juez para cada caso aislado tomar las decisiones de detalle, de matiz".

Finalmente, en las llamadas "lagunas auténticas" el legislador ha olvidado adoptar una norma de regulación. En esta circunstancia el juez apelará a la analogía, o a los principios generales del Derecho, pero siempre bajo "la idea de que la regla que aplica era ya Derecho".

En resumen, según Zitelmann, "una laguna en el sentido de que el juez no puede fallar no existe, puesto que si el juez se encuentra con que la ordenación jurídica no ha atribuído al

hecho determinados efectos ya tiene el juez ahí una posible decisión que es la de negar dichos efectos" .

Legaz Lacambra ofrece una valiosa opinión sobre este problema.

Considera que existen casos rigurosamente originales o no previstos que exigen una regulación y que deben ser resueltos por el juez ~ tenor de la obligación que le impone la ley de no dejar de administrar justicia. En esta virtud el orden jurídico no contiene lagunas, puesto que el juez está obligado a dar siempre una solución.
Surge aquí un interesante problema: "Cómo será posible que un orden jurídico sea pleno, es decir, que contenga una solución a cualquier pregunta sobre lo que es un deber y un derecho de cada uno, supuesto que una respuesta taxativa no se encuentra siempre en las normas que componen ese orden" .

La respuesta está dada porque "hay en el orden jurídico una norma que lo redondea y comp!eta y dice así: está jurídicamente permitido todo aquello que no está juridicaemnte prohibido" .

Dicha norma que tiene el sentido de un a priori lógico y un debe ser, esto. es, un postulado de la razón jurídica práctica, es una norma de libertad, que nace de las entrañas mismas de la naturaleza humana en cuya existencia "la libertad es la raíz metatrsica y la sociedad uno de los momentos de su realización" .

Esa norma, basada en la libertad, -está jurídicamente permitido todo lo que no está jurídicamente prohibido- hace posible que el

juez solucione todos los casos y que el orden jurídico no tenga lagunas.

El jusfilósofo argentino Carlos Cossio, critica la concepción tradicional del orden jurídico como "todo" constituído por la suma o yuxtaposición de partes, uno de cuyos sumandos sería aquella norma inferida o periférica que reza "todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido" .
Según esta tesis, es incomprensible que tal norma que tiene carácter necesario sea deducida de normas contingentes, por lo cual debe ser concebida como anterior a éstas, porque el todo no se constituye por la suma de las partes, sino que es previo a ellas.

El orden jurídico es pleno y completo por su carácter "normativo" lo que se demuestra con tres argumentos: el valor apriorístico, en cuanto verdad de razón necesaria, de la norma en virtud de la cual todo lo que no está prohibido está permitido; la estructura totalitaria de las normas jurídicas -su trabazón piramidal- que hace de ellas un orden cerrado; y, la integración de esta estructura con la función judicial, es decir, con la necesidad también apriorística en que está el juez de juzgar, como esencia misma de su función 19, En cuanto a las "lagunas" es artificioso, el distingo entre lagunas de la ley y lagunas del derecho, Aquellas no representan "vacíos" dentro de un todo sino soluciones injustas, que no constituyen sólo un problema lógico, como pensó erróneamente la tesis tradicional, sino axiológico y lógico a la vez, porque la lógica jurídica es inmanente a la axiología, Recasens Siches toma como punto de partida, para abordar este problema, las relaciones de delegación que se dan entre ias normas generales y las menos

generales. Esta delegación puede revestir tres formas: a) taxativa "si la norma señala taxativamente la pauta a que forzosamente deben sujetarse los que han de elaborar las normas concretas e individualizadas"; b) supletiva si la ley concede a las partes "autonomía para que ellas mismas determinen su propia voluntad" y sólo para el caso en que no usen de tales facultades "la ley establece entonces supletivamente las normas a que deberá acomodarse el desarrollo de situación creada"; y c) cuando la ley no establece ninguna regla taxativa ni supletiva sino, que delega en las partes o en las autoridades "para que fijen la norma que estimen más justa o adecuada", Esta última delegación puede ser singular o individual (caso de los contratos innominados) y general, "cuyo tipo es el principio esencial de orden jurídico de que los tribunales no podrán en ningún caso rehusar el fallo por causa de que no exista previamente formulada una norma, pues entonces deberán resolver según los principios generales del derecho" 24, Este último principio que es esencial en todo ordenamiento jurídico, ya sea que se halle expresamente formulado o no, condiciona la posibilidad del derecho positivo y es el fundamento de "la plenitud hermética del orden juridico vigente",

De acuerdo con estas ideas, el orden jurídico vigente ha de considerarse como hermético, plenario, completo, esto es, sin lagunas, que sólo pueden presentarse en el conjunto de materiales (leyes, reglamentos, costumbres, precedentes jurisprudenciales) del derecho positivo.

. En opinión de Donato Donati, la plenitud del ordenamiento jurídico, no puede basarse en una norma negativa, porque como

tal no es una norma juridica sino la exclusión de la norma jurídica.
Del conjunto de normas que constituyen un ordenamiento jurídico positivo, se llega, según Donati, por inducción a una norma positiva. Los casos que no se hallan comprendidos en aquellas normas expresas, que forman el conjunto, lo estarán por esta norma general y positiva.

Existen lagunas, pero no cabe distinción entre lagunas en la legislación y lagunas en el ordenamiento jurídico. La existencia de las unas demuestra la de las otras

Se puede concluir este balance de opiniones con el punto de vista de Sauer. En el orden jurídico tomando en su conjunto, no puede haber lagunas, pero "cada vez que haya que decidir un caso jurídico, habrá que tomar posiciones con arreglo a las orientaciones marcadas en el mismo derecho y colmar las lagunas lógico-formales con el espíritu del orden jurídico".

2.- PROCEDIMIENTOS DE INTEGRACION: LA ANALOGIA, LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO Y LA EQUIDAD

Los principales procedimientos de integración son: la analogía, los principios generales del derecho y la equidad.

Puede definirse la analogía, como un procedimiento que consiste en aplicar la norma establecida para un caso a otro no previsto, en razón de la igualdad "esencial" que existe entre ambos.

Se ha discutido largamente sobre el fundamento de la analogía entre las tesis subjetivist.a y objetivista. La primera, considera

que la analogía se funda en una presunción de voluntad del legislador (que de haber previsto el caso lo hubiera incluído en la norma), la segunda, más acertada, sustenta esta forma de razonamiento en elementos objetivos: situaciones que son esencialmente las mismas, merecen el mismo tratamiento jurídico (ubi eadem ratio legis est ibi eadem iuris disposito). Por su parte, Cossio cree que la analogía jurídica no se identifica con la analogía lógica, sino que constituye un juicio de valor sobre ella 28 pero tal' juicio de valor requiere una base racional.

En cuanto al mecanismo de la analogía, unos han visto en ella el enlace directo entre dos casos por una relación de semejanza, mientras otros la explican - como relación indirecta - por identidad (de razón) del caso regulado y del no regulado a través de un principio superior. "En la primera de estas concepciones, escribe, Castán Tobeñas, la analogía - representa una línea recta. En la segunda, forma un ángulo que asciende de un caso o relación a un principio general, y desciende de este último a otra relación o caso".

Es que la analogía jurídica presenta dos formas: analogía de la ley (analogía legis) y analogía del derecho (analogía juris). La primera es el empleo de una norma jurídica, que regula otra institución, para casos semejantes; en la segunda; a la que Larenz llama "Analogía conjunta", la nueva norma se infiere de varias disposiciones legales que se refieren a diversas instituciones y cuyos supuestos de hecho guardan ciertas coincidencias.

Las dos formas de analogía exigen operaciones lógicas comp:icadas: descubrir las semejanzas esenciales y llegar hasta los principios que informan todo un sistema jurídico.

Del Vecchio limita el valor de la analogía, que no puede extenderse, en su opinión, indefinidamente por la naturaleza de los términos de que procede y entre los que se desenvuelve (afinidad de hecho e identidad de razón) ya que desde Aristóte! es, agrega, la analogía no es sino un razonamiento que va "de lo particular a lo particuar coordinado" por cuya razón no puede construirse una verdad general por medio de ella" .

El fundamento de la analogía es como el de la inducción. La razón discurre de lo semejante a lo semejante, porque descubre una base objetiva que justifica tal forma de raciocinio.
La analogía ha sido confundida por algunos juristas con la interpretación extensiva, pero existe clara diferencia entre ambas operaciones: la primera se refiere a casos no previstos por la norma, mientras que la segunda, se aplica a situaciones virtualmente comprendidas en ella. Carnelutti, ha expresado con acierto, precisando la diferencia, que mientras interpretación extensiva sirve para conocer lo que el legisla dar ha pensado, la analogía da a conocer lo que habría pensado si hubiera previsto el caso.

El empleo de la analogía exige: a) existencia de una laguna en la ley; b) igualdad esencial entre los supuestos normativos del caso regulado y del caso no regulado; y c) que no exista voluntad expresa del legislador excluyendo el empleo de la analogía (prohibición para determinados casos). De aquí que el problema más grave que acarrea el empleo del procedimiento

analógico consista en fundamentar esa "igualdad esencial" que lo justifique.

Los principios generales del derecho, constituyen otro medio para la integración del ordenamiento jurídico.
Existen hasta seis direcciones en el pensamiento en cuanto definen la naturaleza de dichos principios: la que los considera como los de Derecho natural; como reglas de equidad; del Derecho Romano; de los antiguos intérpretes; los admitidos por la ciencia; y los extraídos de la legislación vigente. Todas estas tendencias pueden, sin embargo, reducirse a dos: la filosófica o jusnaturalista y la histórica o positivista.
La primera de estas dos corrientes se originó en los siglos XVIII Y XIX, del propósito de llegar al derecho positivo partiendo de la naturaleza humana. La otra, pertenece al historicismo jurídico y al positivismo, y sostiene que los principios generales del derecho son aquellos que inspiran determinada legislación positiva.
Entre las dos tendencias ha surgido una ecléctica que, tomando como punto de partida el sustento filosófico de los principios generales del derecho, exige que éstos concuerden con los hechos determinantes de la legislación positiva. Cossio, en posición similar, ve en los citados principios, juicios estimativos que se dan en un escenario histórico y sobre materiales históricos.

Del Vecchio, en la conocida monografía sobre esta materia, ya citada, señala que los principios no pueden inferirse de las simples normas particulares como éstas tampoco pueden deducirse de aquéllos, por cuya razón son igualmente ilegítimas las aspiraciones del empirisl mo puro y del racionalismo puro. pe

acuerdo con la definición del Prel cenutti señala que son "aquellas re9l~§ que la razón humana deduce de la natura!eza de las cosas y de sus mutuas relaciones; y todo derecho positivo -aún sin una declaración expresa del legislador- encuentra su verdadero complemento en el Derecho natural que reúne en grado sumo el doble carácter de unidad y universalidad" .

El fundamento de tales principios se encuentra en la mente humana, que ha engendrado aquel cuerpo de doctrina general acerca del derecho, que no es obra de un pensador aislado sino que responde a una permanente y sólida tradición científica. Los principios del derecho no son tampoco los aforismos o adagios elaborados por la jurisprudencia, ni las reglas lógicas que deben mantenerse vigentes para la mejor aplicación de las leyes. Se trata, como afirma Legaz Lacambra, de verdades juridico-morales:15 basadas en la noción de que el hombre es persona jurídica, de donde se desprende su valor frente a los demás, que requiere la igualdad y la legalidad, cuyos corolarios son: la soberanía de la ley, la igualdad de todos ante ella y la división de los poderes.

Esos principios y los que de ellos se desprenden, representan, enseña acertadamente el mismo Del Vecchio, la razón suprema y el espiritu que informa las leyes pero no pueden prevalecer contra e:las ni destruirlas por ningún motivo . Por eso, los límites para la aplicación de esta fuente supletoria, se hallan en la ley misma.

La parte dogmática de las constituciones po;¡ticas de los estados modernos, contiene el enunciado de muchos principios del derecho, cuyo carácter abstracto y general no es obstáculo

para su aplicación. "No sólo, pues, de los Códigos, o, como decía Cicerón, "no del Edicto del Pretor, ni de las XII Tablas, sino de la íntima Filosofía debe obtenerse la disciplina del derecho" .

Es interesante anotar que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contiene la siguiente disposición: "Art. 38.- La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas".
Finalmente, otro medio de integración del orden jurídico es la equidad.

Aristóteles en el Capitulo X del Libro V de su Etica Nicomaquea, ofrece una cabal y hermosa concepción, que toda leyes general y que, por tanto, no es aplicable a todos los casos ya que muchos de éstos ofrecen particularidades irreductibles a la fórmula general. La ley -por su naturaleza misma- "toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer por ello la posibilidad de error. Y no por ello es menos recta, porque el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza del hecho concreto, porque tal es, directamente, la materia de las cosas prácticas".

La equidad tiene por fin corregir el error proveniente de la defectuosa aplicación de la generalidad de la ley a la particularidad del caso. "Por tanto, el equitativo es justo, y aún es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por Ia ley. Y esta es la naturaleza de lo

equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte que ésta es deficiente por su carácter general".

La equidad llamada "la justicia del caso individual" es un estadio intermedio entre la ley jurídica y el precepto moral. La primera debe contener un minimum d& rigidez y el segundo un maximum de elasticidad, según Carnelutti. La rigidez de la letra de la ley, se atempera con su espíritu que es la equidad.
Sin embargo, en los países sojuzgados por sistemas totalitarios, la integración y la interpretación de las normas se realizan en base a directivas políticas o ideológicas contenidas en dictados de diversa jerarquía.

En Alemania nazi, reconocía W. Kisch, en su discurso inaugural de la Academia de derecho alemán, la existencia de "un derecho no escrito que se desprende del alma del pueblo alemán y que es conforme con las necesidades de la vida nacional, derecho que es claramente reconocido y mejor sentido, y enérgicamente realizado por el juez alemán".

El artículo 16 del código penal soviético, impone al juez el deber de inspirarse en los intereses económicos, sociales y polrticos del Estado para asegurar la represión y a la incriminación más aproximada del hecho cometido. ..

La ley polaca de 15 de febrero de 1962, encomienda a la Corte Suprema la función de expedir "directivas generales en materia de administración de justicia y de práctica judicial". Según el artículo 25 de la Constitución, el Consejo de Estado está premunido de la potestad de señalar el sentido de la interpretación obligatoria para todos los órganos públicos; y por

mandato del art. 4 'del Código civil "las disposiciones del derecho civil deben' ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los principios del sistema social y con los fines de la República Popular de Polonia".

CAPITULO IV

APLICACION DE LA NORMA EN RELACION AL TIEMPO Y AL TERRITORIO

1.- Aplicación de lo ley en relación al tiempo y la tesis de la irretroadividad.
2.- Aplicación de la ley en relación al territorio y el problema de los conflictos de leyes.

1.- APLICACION DE LA NORMA EN RELACION AL TIEMPO Y LA TESIS DE LA IRRETROACTIVIDAD

Si cambia una ley, que estuvo vigente al constituirse una relación jurídica, por otra que rige en el momento de dictarse una sentencia sobre cualquier litigio derivado de aquella, se origina un conflicto de leyes en el tiempo, que d,a lugar al arduo problema de la aplicación retroactiva de la ley.

La regulación de las situaciones anteriores al nacimiento de una ley nueva, puede ser vista desde el ángulo de dos principios opuestos: la retroactividad y la irretroactividad.. Los partidarios de la retroactividad invocan la justicia. Si se dicta una ley nueva es porque es "mejor y más justa" que la anterior. Es lógico, por tanto, que se aplique a los hechos futuros como a los pasados, en tanto esto sea posible.

Los partidarios de I.a irretroactividad invocan la seguridad' jurrdica. Las leyes se dictan para el futuro; su aplicación retroactiva originarra un estado de completo inseguridad, puesto que ninguna situación ni ningún acto podrían considerarse como completamente firmes y terminados si pudieran modificarse después, en función de leyes que muchas veces ni siquiera se prudieron preveer.
La doctrina considera cuatro casos de retroactividad de las leyes: a cuando vuelven sobre la constitución de una relación o situación jurídica anteriormente constituida; como por ej., si se exigiera para acredItar el dominio de los actuales propietarios medios distintos de los que el Código determina. b) Cuando vuelve sobre la extinción de una relación o situación jurídica anteriormente extinguida; como por ej., si se dispusiera que todas las remisiones de deudas hechas con anterioridad a la ley, son nulas. c) Cuando se refieren a efectos de una situación jurídica producidos antes de su vigencia; como por ej. si una ley que limitara la tasa de los intereses en los préstamos de dinero, ordenase que todo el excedente sobre la nueva tasa que hubiera sido percibido con anterioridad a la sanción de la nueva ley, debe ser reintegrado al deudor. d) Cuando se refiere en sus condiciones de validez y en sus efectos que ya se han producido, a los elementos anteriores de una relación jurídica,

que se encuentra en curso de constitución, en el momento de su entrada en vigencia, siempre que estos elementos tengan un valor jurídico propio; tal por ej., la interrupción de una prescripción en curso, que' debe ser juzgada por la ley durante la cual se produjo la interrupción" 1, No deben confundirse los efectos retroactivos de la ley con los llamados efectos inmediatos que tienen lugar en dos circunstancias:
1°- Cuando la ley modifica hechos producidos después de su vigencia, que derivan de relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley antigua (reducción de la tasa del interés de préstamos en dinero o aún para los contratos de mutuo anteriores); y 2° Si modifica el curso de una relación jurídica (plazo de la prescripción no cumplida) .

La doctrina ofrece diversas respuestas a estos interrogantes.
La teoría de los derechos adquiridos, cuyo precursor fue Blondeau, expuesta por Chabot D'Allier, y perfeccionada por Merlin, distingue los "derechos adquiridos" de las esperanzas o expectativas. Aquellos son los irrevocablemente cónferidos antes del hecho, del acto o de la ley que se les quiere oponer (han entrado en nuestro dominio, según Merlín); éstas, pueden ser revocadas. O, para decirlo con el lenguaje de Baudry-Lacantinerie, derechos adquiridos son "las facultades legales regularmente ejercidas" y expectativas "las que no lo han sido todavía".
La ley se aplica retroactivamente si vulnera derechos adquiridos; su aplicación no es retroactiva, si impide que prosperen simples esperanzas o expectativas.

(Guillermo A. Borda. Retroactividad de la Ley y Derechos Adquiridos; Librería y Casa Editora de Emilio Perrot. o Buenos Aires, 1951, págs. 13-14.)

La doctrina ha sido criticada no sólo por la vaguedad de la expresión "derechos adquiridos" sino por la falta de distinción entre efectos retroactivos e inmediatos.

"Yo os digo francamente, expresó Duguit en una conferencia pronunciada en la Universidad de Egipto, dentro de algunos meses hará medio siglo que estudio derecho y no sé todavía lo que es un derecho adquirido. Sé lo que es un derecho y aún no estoy muy seguro de ello, pero jamás he sabido lo que es un derecho adquirido. O se tiene un derecho o no se hene. La expresión derllcho adquirido debe pues ser implacablemente rechazada, parque no 5 tiene sentido". Cit. por Borda. Ob. cit., pág. 12.

Se ha pretendido señalar como excepcio~es de aplicación retroactiva, las llamadas leyes de orden público y las interpretativas, pero los conceptos en que se fundan son de una extremada imprecisión.

Bonnecase ha elaborado una teoría que distingue las situaciones jurídicas abstractas de las concretas.

Se llama situación jurídica abstracta a la manera de ser "eventual o teórica" de una persona frente a una ley determinada. Se denomina concreta, a una manera de ser frente a una ley "concretamente derivada, para una pe~sona determ~nada, de un hecho o acto jurídico".

La relación entre estas dos situaciones es la que existe entre continente y contenido que corresponden, respectivamente, a la abstracta y a la concreta. .
La aplicación de una leyes retroactiva si vulnera una situación jurídica concreta; no lo es, si modifica una situación jurídica abstarcta.

Sin aceptar la terminología de Bonnecase, García Maynez considera que su noción de retroactividad es la más aceptable y que "basta con declarar que una leyes retroactiva cuando modifica o restringe,. en perjuicio de alguna persona, las consecuencias jurídicas derivadas de la realización del supuesto de la ley anterior" Pero debe entenderse que el supuesto de la ley anterior se realizó dentro de la vigencia de ésta, y, además, queda por determinar en qué consiste el perjuicio, lo que nos lleva a la doctrina de los derechos adquiridos.

La teoría del hecho cumplido ha tenido su origen en Alemania. Scheurl fue el primero que la sostuvo. Le siguieron Windscheid, Dernburg, Goppert, Schiffner, Burckhard en ese país, y Ferrara, entre otros, en Italia. Esta tesis afirma que los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por ésta; los cumplidos después de su promulgación, por la nueva.

En Francia, Vareille de Sommieres desarrolló la misma tesis. Para este tratadista "la leyes retroactiva si nos priva de un derecho en razón de un hecho pasado; si, en cambio la ley nos priva de un derecho, sin preocuparse de un hecho pasado, de una manera absoluta y a causa de ella misma o de nuestro estado, ella no es retroactiya"

Una ley que modifica los derechos reales no es retroactiva según este punto de vista, pero sí lo es, la que modifica los efectos de dn contrato estipulado dentro de el legislación anterior.

De manera similar, el civilista italiano Coviello cree que un'a~ ley es retroactiva cuando afecta las consecuencias ya realizadas de un hecho cumplido y cuando impide' las consecuencias futuras- de éste, por una razón relativa al hecho mismo. Por el contrario, considera CUJe no es retroactiva la aplicación de la ley. aunque modifique consecuencias de un hecho pasado, s.iempre que éstas se consideren en sí mismas y no con relación a ese hecho.

Se observa que en los casos en que la nueva ley se refiere a contratos en ejecución no se puede precisar si las consecuencias de éstos se toman en sr"mismas o con referencia al contrato.

Duguit, pretende resolver el problema con su famosa distinción entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas. Las primeras nacen de la ley (porque el acto de voluntad que puede intervenir en ellas no es sino condición) tienen carácter permanente y siguen todas las transformaciones de la ley (la nueva ley puede modificarlas). Las segundas nacen de la voluntad individual (la nueva ley no puede afectarlas). Pero esta distinción, como se ha visto al tratar. de los derechos subjetivos, es muy discutible.

Paul Roubier en su obra "Les Conflits de loisdan le temps" lo ha abordado el problema de manera interesante y original, no sólo porque analiza lo que singifica la aplicación retroactiva de la ley, sino los alcances mismos del principio de retroactividad'.

Según Roubier las "situaciones jurídicas" tienen ün curso te mporar, se desenvuelven a manera de un proceso. De aquí que la nueva ley, dictada en "un momento dado, pueda referirse a etapas anteriores de la situación jurídica, en cuyo caso su aplicación es retroactiva o a etapas posteriores, para los cua!es no lo es. En cuanto a los efectos, si la nueva ley incide en los cumplidos es retroactiva; si en los posteriores, no es retroatciva, se refiere sólo a "efectos inmediatos".
Roubier no se adhiere en forma absoluta al principio de irretroactividad.

Las leyes de dispensa, las leyes de publicidad, las que sancionan los fraudes a ia ley, están al margen de este principio, pero las leyen deben tener, en tesis general, efectos inmediatos porque de lo contrario se crearía una confusa situación puesto que leyes diferentes podrían regir, simultáneamente, las mismas relaciones.

Los contratos sucesivos, constituyen, sin embargo, para Roubiér excepción al principio de los efectos inmediatos, porque tratándose de estipulaciones que contienen una previsión tomada por la voluntad de las partes, que depende de la elección que éstas realizan entre un infinito número de posibilidades, esa previsión carecería de objeto si pudiera ser destruida por una nueva ley.

Estamos de acuerdo con el profesor Borda sobre las deficiencias que contienen todas las tesis enunciadas. Se pretende justificar la irretroactividad de las leyes en "derechos adquiridos", "facultades ejercitadas", "situaciones jurídicas concretas", "situaciones jurídicas subjetivas" y hechos realizados,

denominaciones que ocultan un exagerado subjetivismo con miras a limitar la aplicación de una norma más adecuada y que obedece a una nueva valoración.
Se invoca en apoyo de esta posición, que más que doctrinaria es práctica, el principio de seguridad. .

Por otra parte, la defensa del principio de la retroactividad, se basa "en la justicia y en el progreso, interesados en atribuir a la nueva ley su mayor campo de aplicación".

Coincidimos también en que "es imposible pronunciarse en un sentido o en otro. Es imposible hacer prevalecer siempre la seguridad, porque ello implicaría atajar la evolución del derecho; es igualmente imposible llevar todo por delante a nombre de la justicia y del progreso porque éstos están condicionados por la idea de seguridad, y porque sin ésta no puede concebirse un orden justo, que por ser orden la implica".

Las normas jurídicas son objetos culturales que encarnan valores.
Las nuevas normas expresan nuevas valoraciones jurídicas; las antiguas normas, valoración ya superadas. La posibilidad de aplicación de estas . últimas, estando vigentes otras distintas para regular los mismos casos, estará ligada a cada circunstancia particular que debe ser apreciada por el juez que es quien interpreta el pensamiento de la comunidad.

2.- APLICACION DE LA NORMA EN RELACION CON EL TERRITORIO Y EL PROBLEMA DE LOS CONFLICTOS

Por regla general, dentro del territorio de un Estado rigen sus propias leyes, pero las relaciones entre los diversos países y el desplazamiento de las personas de un Estado a otro, originan los conflictos de leyes en el territorio.

"Supongamos, dice Aliara, que un ciudadano italiano, propietario de bienes situados en Francia, hace su testamento en Alemania, instituye heredero a un ciudadano suizo y muere en Inglaterra. Surge entonces él problema de saber si la sucesión testamentaria debe regirse por la ley del Estada al que pertenece el testador, o por la ley del país en que los bienes se hallan ubicados, por la del lugar en que se hizo el testamento o por la del Estado a que pertenece el heredero, o por la de aquél en que ha muerto el testado". Cit. pon Garcla Maynez, ob. cit., pág. 392.

Desde el punto de vista del derecho positivo, el problema consiste en saber qué ley se aplica: si la ley del país o la ley extranjera. En este último caso, la aplicación del derecho extranjero requiere una prescripción del ordenamiento nacional que así lo disponga, gracias a la cual se convierte en, norma del Estado que lo admite.

Los llamados sistemas de Derecho Internacional Privado están constituidos por las doctrinas, elaboradas en un momento jurídico dado, que pretenden resolver las cuestiones derivadas de la aplicación de .las leyes en el territorio.' , , El sistema de la personalidad de la ley corresponde al derecho de los pueblos bárbaros que invadieron Europa a la caída del Imperio Romano y la ocuparon durante los siglos posteriores. En aque!los pueblos, las tribus, cualquiera que fuera el territorio que habitaran, estaban sometidas a su propio derecho, que coexistía con el de los habitantes del país que se regían por el suyo. Los visigodos,

invasores de España, se gobernaron por el "Código de Eurico" mientras los romanos regulaban sus relaciones por el "Breviario de Aniano".

El sistema de la territorialidad de la ley pertenece al feudalismo.
Los pueblos se ligaron al suelo y se volvieron sedentarios; el arraigo a la tierra' unió a los grupos y estableció vínculos entre señores y vasallos, creando el poder de unos sobre otros. Los feudos se rigieron por su propio derecho vinculado al territorio de cada uno de e!los, que no podía ser aplicado dentro del territorio de otro.
El sistema de los estatutos debe su origen a la necesidad de superar el exclusivismo de la .territorialidad de la ley.
Esta doctrina, que constituye el primer intento científico formulado para resolver los contactos de leyes en el espacio, nació en Italia en el siglo XIII Y se extendió después a través de Francia y de Holanda a todos los paises europeos.
La doctrina estatutaria se basa sobre los principios fundamentales: el método indirecto y la distinción entre leyes locales (estatutos) referentes a las personas y a las cosas .

A diferencia del método directo, que aplica a los extranjeros un derecho civil propio (jus gentium, romano) el método indirecto señala normas especiales aplicables en cada caso. Aldrico dio en el siglo XII el punto de partida. Acurcio, a comienzos del siglo XIII, en una "glosa" sobre el "Corpus luris", de Justiniano, plantea el caso de un ciudadano de Bolonia domiciliado en Módena, a quien es aplicab~e en este último lugar la ley del primero. "Desde entonces el método indirecto -escribe W. Goldschmidt- único compatible con el debido respeto a la legitima particularidad de cada pueblo, se mantuvo triunfante; y no

existe peligro de que desaparezca, a menos que de nuevo un solo pueblo lograra dominar a todos los demás, despreciando olimpicamente los derechos de los pueblos vencidos".

En lo que se refiere a la aplicación del derecho extranjero, esta doctrina distingue dos clases de estatutos: los personales, extraterritoriales, que acompañan a la persona, cualquiera que sea el lugar donde se encuentre; y los reales, que son territoriales.

En Italia, Bartola de Saxoferrato, Baldo de Ubaldis, Guillermo de Cuneo, Jacabo Balduini y otros, elaboran y perfeccionan estas ideas.

La Escuela Francesa del siglo XIV con Charles Demoulin 16 sigue la citada tradición, mientras que con Bertrand D'Argentré -que compara el derecho extranjero con un ejercicio invasor- se inclina por el predominio de la ley territorial dentro de los nacientes estados europeos de esa época.

Las ideas de D'Argentré fueron acogidas, a partir del siglo XVI,' por los países que luchaban por su libertad contra la hegemonía de los grandes imperios y del Papado. Nace a$í la escuela holandesa llamada también flamenca, cuyos más destacados representantes son Burgundus, Cristian Roedenburg, Pablo y Juan Voet y Huber.

La escuela holandesa, además de acentuar el principio de la territorialidad de la ley, buscó un nuevo fundamento para los casos en que se pueda aplicar dentro de un país la ley de otro, la ley extranjera.

Este fundamento no es otro que la "cortesía recíproca" que se deben los pueblos o, como llama Ulrico Huber, la "camitas gentium ob reciprocam utilitatem".
Con posterioridad, en el siglo XVIII, surgió otra corriente estatutaria en Francia, cuyos exponentes fueron Froland, Boullenois, Bouhier, que bajo la influencia del nuevo ambiente creado por el jus naturalismo y la ilustración, reconoció preferente valor, en caso de duda, a los estatutos reales sobre los territoriales.
El sistema de la comunidad de derecho, elaborado por el gran jurista alemán Federico Carlos de Savigny, constituyen la más altá expresión sobre esta materia en el siglo XIX.
Savgny, máximo exponente del historicismo jurídico, considera que el derecho -es un producto espontáneo del espíritu popular y que el jurista es el intérprete de ese espíritu.
La teoría de Savigny sobre la aplicación de la ley extranjera, se sustenta sobre dos ideas básicas: la comunidad de derecho existente entre los pueblos y la naturaleza de las relaciones jurídicas.

Es evidente que la vida de los estados modernos demuestra la necesidad creciente de superar la doctrina de la territorialidad, que dice de exclusivismo y de aislamiento con miras hacia una "comunidad internacional". Por otra parte, debe tenerse en cuenta para la aplicación de la ley extranjera, "la naturaleza de la relación jurídica" y los hechos determinantes de la sede de esa relación jurídica (domicilio de las personas, lugar donde está situada una cosa, lugar del acto jurídico, lugar del tribunal).

A cada relación se le debe aplicar el derecho del lugar donde tiene su sede. El estado y la capacidad de las personas se rigen por la ley del domicilio; los bienes por la ley del lugar de su situación; los contratos, a falta de estipulación sobre la ley que los debe regir, por la ley del lugar señalado para su cumplimiento; las sucesiones, por la ley del último domicilio del causante; el matrimonio por el dere.cho domiciliario del marido; los delitos por la ley del juez.

Muchos códigos europeos, y a través de ellos otros americanos, se inspiraron en la doctrina de Savigny. Cabe citar entre los primeros: el Código de Sajonia de 1863, el de Zurich y otros cantones suizos; la ley de introducción al Código Civil alemán de 1900.

El sistema de nacionalidad formulado por Pascual Estanislao Mancini, constituye expresión de la Escuela Italiana del siglo XIX.

Según este sistema, "la ley nacional debe seguir a la persona doquiera que vaya". Dicho principio presenta, sin embargo, tres excepciones: el orden público, la forma de los actos jurídicos y los efectos de los contratos. El derecho extranjero no se aplicará en otro país si vulnera principios de orden público; la forma de los actos jurídicos debe regirse por la ley del lugar donde se otorgaron; y los efectos de los contratos han de sujetarse a la ley acordada por los interesados, merced al principio de autonomía de la voluntad.

Las dificultades del sistema son notorias, no sólo porque en muchos casos es difícil precisar la nacionalidad cuyos cambios

son cada vez más frecuentes en la época actual, sino por la confusión que originaría en los países de inmigración.
La evolución del pensamiento jurídico a través de los diversos sistemas de Derecho Internacional Privado, se halla ligada a la historia política de los pueblos de occidente. Fenómenos como las invasiones de los bárbaros, el feudalismo, la unidad de la Europa Cristiana, el origen de las nuevas nacionalidades, el nacimiento de una comunidad internacional y los movimientos migratorios hacia otros países, se muestran como claros determinantes de esas ideas.

Si el Derecho constituye una de las expresiones de la cultura, su vida y su evolución se hallan ligadas a las de ésta. Por eso, las re!aciones jurídicas que se refieren al hombre y a sus actos, corresponden a su mundo cultural, cuya nota es la libertad; aquellas que atañen a las cosas, pertenecen al ámbito de éstas. Estos principios presiden desde su altura teórica, no los conflictos, sino la armonización de las leyes en el espacio.

OCTAVA PARTE

LOS FINES Y LOS VALORES DEL DERECHO

CAPITULO I
LOS FINES DEL DERECHO

1.- Importancia de los fines del Derecho. 2.- El bien común y la seguridad jurídica como fines del Derecho.

1.-IMPORTANCIA DE LOS FINES DEL DERECHO

El Derecho, del mismo modo que la Moral y que la Política -entendida en el sentido noble de la palabra- orienta la conducta humana, no hacia aquello que es, sino hacia una debe ser; la dirige hacia fines 1.

De aquí la gran importancia de la investigación de los fines del derecho para las disciplinas jurídicas. El jusfilósofo Delos ha dicho, con hermoso acierto, que tal estudio tiene para nuestra época el sentido de una verdadera revolución intelectual 2.

Los fines poseen para el derecho una doble significación: son, por una parte, principios que dirigen su elaboración y que se incorporan en normas y en instituciones; y, por otra, ideales que representan su permanente aspiración. En el primer sentido, son inmanentes o internos al orden jurídico, en el segundo trascendentes o externos.

Como principios que cada grupo social elabora, en un momento determinado bajo la influencia de diversos factores, los fines adquieren vigencia dentro d'e las reglas y pertenecen al mundo de las realidades.

Como valores representan aquellos ideales "puntos de dirección, elementos de cambio y de perpetua regeneración" del derecho.

"Todo arte, toda investigación científica, lo mismo que toda acción y elección parecen tender a algún bien; y por ello

definieron con pulcritud el bien los que dijeron ser aquello que todas las cosas aspiran".
"Cierta diferencia, con todo, es patente en los fines de las artes y ciencias, que algun;,s consisten en simples acciones, en tunto que otras veces, ademós de la acción queda el producto. y en las artes cuyo fin es ulterior a la acción, el producto es naturalmente más valioso que la acción". Aristóteles. Etica Nicomaquea cit. Lib.

Esta consideración de los fines del derecho vistos en su acepción más amplia, en dos planos diferentes, explica por qué no pueden establecerse relaciones -semejanzas y antinomias- entre el bien común y la seguridad por un lado, y la justicia por el otro. Los dos primeros son fines propiamente dichos, realizables; mientras que la jUsticia pertenece al mundo de los valores.
"Me pregunto -dijo Djuvara- si el probiema de las relaciones entre el bien común, la justicia y la seguridad ha sido, en realidad, bien planteado. Estas tres nociones no estan en el mismo plano: el fundamentum divisions hace falla. El bien común y la seguridad pertenecen en efecto, al mundo de las realidades, mientras que la idea de justicia es, en su sentido propio, un simple ideal". Id. pág. 126.

La historia ha revelado que en muchas oportunidades han sido reemplazados los va!ores jurídicos por determinadas concepciones o ideologías que invocando el bien común o la seguridad han sacrificado la justicia; y que, en otras, el derecho ha sido puesto al servicio de factores extraños a las aspiraciones y a las necesidades de los pueblos.

Sin embargo, pese a estas vicisitudes, ha permanecido como una aspiración constante, no siempre con la misma claridad, una ennoblecedora dirección hacia la justicia, valor absoluto, tanto como la verdad, el bien y la belleza, que tiene para el derecho el significado de una auténtica "pauta axiológica" .

Consideramos el bien común y la seguridad como fines propiamente dichos del Derecho, y la justicia como su valor fundamental.

2.- EL BIEN COMUN

Toda sociedad, cualquiera que sea la forma que revista, se organiza con el propósito de realizar un fin, que a la vez que vincula a sus integrantes, es la idea directriz que orienta sus propósitos comunes.

El Concilio Vaticano en la Constitución "Gaudium et Spes" enseña que "los hombres las familias y los diversos grupos que constituyen la comunidad civil son concientes de su propia insuficiencia para lograr una vida plenamente humana y perciben la necesidad de una comunidad más amplia, en la cual todos conjuguen a diario sus energías en orden a la mejor procuración del bien común. Por-ello forman comunidad política según tipos institucionales varios. La comunidad política nace, pues, para buscar el bien común, en el que encuentren su justificación plena y su sentido y de que deriva su legitimidad primigenia y propia" .

El fin social es buscado porque satisface las aspiraciones del grupo, porque constituye un bien para la comunidad, o para expresarlo en términos más propios, porque tiene el significado y el valor de "bien común" .

Dichas aspiraciones no se orientan hacia un fin constituído por la yuxtaposición o suma de los bienes que busca aisladamente cada individuo, ni hacia un bien general, de mayor amplitud, que pueda dividirse en partes, de modo que cada una de éstas corresponda a cada persona. "Ambas ideas son completamente erróneas. En el fondo coinciden, ya que son sólo aspectos distintos -según se piense en esa masa de bienes individuales o en su distribución. entre los miembros de la colectividad- de un mismo criterio; del criterio mecanista y materialista" de la sociedad.
La naturaleza del bien común es diferente. Como lo ha definido con acierto Delos, se halla constituído por "el conjunto organizado de las condiciones sociales, gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual" .

Forma parte de aquel "patrimonio social" que es el bien común, todo lo que pertenece a la comunidad, y que por esa razón no puede ser poseído por los particulares, y también lo que es de éstos, que secundariamente corresponde a la sociedad, que ejerce su acción a fin de evitar conflictos, y armonizar intereses. No se trata únicamente de bienes materiales, sino -principalmente- de bienes espirituales ya que la finalidad más elevada de la sociedad, que ayuda al hombre en su camino a la realización de su fin racional, es de carácter ético. Como término de las aspiraciones sociales, el bien común ofrece las notas de universalidad, plasticidad, progreso y dinamismo.

El carácter que define mejor la esencia del bien común es su universalidad. Es universal en sí mismo, en cuanto a los sujetos que beneficia y en sus fines.

Nada de lo humano es extraño al bien común; hacia él deben dirigirse todos los individuos sin limitaciones ni exclusiones y su fecundidad es inagotable.

Por otra parte, el bien común es una realidad concreta que aparece en determinado momento bajo el influjo de circunstancias vi gen. tes, pero constituye también un ideal que mantiene en el grupo una "permanente tensión hacia el porvenir".

Nacido de la obra constante y conjunta de todos los integrantes de la sociedad, el bien común "vuelve a aquellos, se desborda sobre sus vidas, se redistribuye entre sus personas para ayudar a su perfeccionamiento integral" 1°. Es, como lo dijo con su habitual claridad Santo Tomás, colectivo y distributivo.
"Que el bien común, aún concibiéndolo como lo privativamente propio de la comunidad e independiente y cualitativamente diferente del bien privado, redunda, según Santa Tomás, en beneficio de los particulares, es desde luego cosa indubitable y el propio Santo Tomás se ha cuidado en aclararlo especialmente con un ejemplo tomado de Valerio Máximo, según el cual "es preferible ser pobre en un Estado rico, rico que en un Estado pobre". Eustaquio Galán y Gutiérrez. La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, pág. 109.

El bien común según Aristóteles, "se cuenta entre las cosas más divinas". Para Santo Tomás "el bien de la multitud es mucho más grande y divino que el de uno solo". Integrado materialmente por los bienes individuales, formalmente es superior a ellos, porque el bien de las partes se dirige al bien del todo. .

La distribución de los beneficios que implica el bien común se regula con un criterio de justicia, fuente de paz social. De aquí que el óptimo ambiente moral, cultural y material que implica el bien común no se realice plenamente si no se logra alcanzar esos valores. "Es propio de la justicia legal, enseña S.S. Pío XI en "Divini Redemptoris", el exigir de los individuos cuanto es necesario al bien común".

El derecho, que ordena la conducta social del hombre, está llamado a dirigirla hacia el bien común, como uno de sus fines. Para alcanzarlo y, como medios estrictamente jurídicos, las leyes han de ser justas; los impuestos proporcionados a la capacidad económica de los ciudadanos y los cargos públicos según merecimientos.

LA SEGURIDAD JURIDICA

- La seguridad jurídica ha sido entendida por algunos tratadistas como nota pertinente al derecho mismo -seguridad del Derecho; y por otros, como la seguridad por medio del derecho.
Recasens Siches considera que "la seguridad es el motivo radical y la razón de ser del derecho" 13 aunque no su fin supremo, y que aquél no ha sido hecho por los hombres "para rendir culto u homenaje a la idea de la justicia, sino para colmar una urgente necesidad de seguridad y de certeza en la vida social" 14 Según Radbruch, la primera noción de seguridad exige 1:) que el derecho sea positivo, que se halle establecido en leyes; 2) que este derecho estatuído sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir un derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso

concreto, mediante criterios generales como el lema de la "buena fe" o el de las "buenas costumbres"; 3) que estos hechos en que se basa el derecho puedan establecerse con el menor margen .pDsiblede error, que sean "pra~ticables"; para ello no hay más remedio que aceptar, a veces, conscientemente, su tosquedad como cuando, por ejemplo, se suplen los hechos verdaderamente buscados por ciertos síntomas exteriores, que es lo que se hace, v.gr., al supeditar la -capacidad de obrar, no al grado de madurez interior del individuo, sino a un- determinado límite de edad, que la ley fija por igual para todos; 4) finalmente, el derecho positivo, si quiere garantizar la seguridad jurídica, no debe hallarse expuesto a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar' cada caso concreto en forma de' ley; los cheks and balances -frenos y contrapesos- de la teoría de la división de poderes y la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica" .

Delos, por su parte, considera que la seguridad es una noción esencialmente societaria -ligada al hecho de una organización social- que consiste en una "garantía" dada al individuo de que su persona, sus bienes, y sus derechos, no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurado's por la sociedad protección y reparación". Agrega, que esto quiere decir, que ninguna situación jurídica deberá sufrir alteraciones' sino mediante procedimientos legítimos, conforme a la ley.

Las antedichas visiones de la seguridad jurídica no se excluyen sino que se integran. No puede existir una seguridad por medio del derecho sin la seguridad en el derecho.. Un derecho sujeto a

cambios frecuentes, a mutaciones arbitrarias, a interpretaciones antojadizas, a continuas violaciones por los jueces y las autoridades, es mirado por la comunidad -que ha perdido el respeto por él- como "letra muerta" que no puede construir garantía para la persona humana, ni para el ejercicio de sus facultades ni para la posesión de sus bienes.

La seguridad jurídica -o la certeza, considerada en el ámbito cognoscitivo, para emplear el lenguaje del filósofo López de Oñate- significa ese sentido de estabilidad que ofrece al individuo la sociedad al apreciar su conducta. Es necesario que cada hombre sepa "cómo será calificada su acción y cómo se incluirá esa acción en la vida histórica de la sociedad". De aquí que esta garantía de la conducta humana, sea la "específica eticidad del derecho" porque sin ella no se pueden realizar sus valores.
"La revolución, es decir, la alta traición, es un delito cuando no triunfa, pero si logra el triunfo se convierte en base para un "nuevo Derecho". Es también la seguridad jurídica la que, en estos casos convierte en nuevo derecho la conducta antijurídica. Los gobiernos revolucionarios se legitiman cuando se demuestran - capaces de mantener la paz y el orden.
Por eso, al dia siguiente de triunfar las revoluciones, todos los gobiernos revolucionarios suelen proclamar que el orden y la paz (perturbados por la alta traición serán garantizados enérgicamente". Radbruch. Introducción, cit. pág. 41.

La juridización de las situaciones de hecho expresa la exigencia profunda de seguridad que requiere la vida social del hombre. Algunos de esos estados llegan, por tal razón, a convertirse en derecho. El status quo en Derecho Internacional, la protección

posesoria, la prescripción, la cosa juzgada, el derecho revolucionario 19 constituyen otras tantas Instituciones que demuestran esa exigencia.
Lo expuesto demuestra que la seguridad es un constitutivo necesario de la vida social, cuyos elementos son el orden y la eficacia.

La sociedad exige estabilidad y distribución equilibrada de funciones entre sus componentes. Por otro lado, debe estar dotada de los mecanismosapropiados para protegerse y proteger aquellos principios con celeridad y plenitud. En un ambiente desordenado, dentro del cual no funciona el principio de autoridad, o quienes la ejercen son incapaces de mantener una disciplina dentro del grupo; o en otro, donde las reparaciones y las sanciones son defectuosas o tardías, no existe seguridad y la vida social es verdaderamente penosa.
La arbitrariedad, que significa el desconócimiento del derecho existente, realizado por la autoridad, se opone a la seguridad.

Legaz Lacambra considera que la arbitrariedad es la "negación del derecho como legalidad y en tanto que legalidad, cometido por el propio custoqio de la misma, es decir, por el "poder público" y sus distintos órganos".

El acto arbitrario puede ser justo -si rectifica una injusticia- o injusto si la comete. Su distintivo es el desconocimiento del derecho que rige.
El progreso jurídico significa un avance de la civilización contra la arbitrariedad. Lucha -contra el arbitrio del juez; lucha contra la discrecionalidad sin límites de la función administrativa; lucha por mantener una auténtica jerarquía normativa mediante el

control jurisdiccional de la ley; defensa de los derechos humanos, que desconocen las dictaduras de todos los tiempos, invocando todo tipo de razones; tales son las instituciones derivadas de la exigencia de seguridad jurídica que apuntan a la realización de lo que debe ser un auténtico "Estado de Derecho".

El relativismo jurídico expresado por Radbruch principalmente, ha opuesto las nociones individualistas de justicia y seguridad a la supraindividualista del bien común.
Pese a que la seguridad es necesaria para el bien común en muchos casos, -summun jus- se opone a éste -summa injuria-, pero siempre se inspira en la justicia porque garantiza "para el porvenir un trato igual de hechos iguales".

Visto el problema desde el ángulo del bien común, resulta también, según esta tesis, patente su antinomia con la seguridad. El bien de un individuo es tan sagrado como el de millones, según expresó Del Vecchio, y llegado el caso, debe defenderse contra la mayoría o la totalidad "y no ceder ante un interés, aún justificado en sí" , La justicia, por su lado, "es un contrapeso" frente a la idea de bien común, pero contribuye a él por su naturaleza propia; y en cuanto a la seguridad -que es un fin y no un valor- representa su verdadera justificación.

Basado en estos presupuestos, Radbruch afirma que: "El bien .común, la justicia y la seguridad, ejercen un condominium sobre el derecho, no en una perfecta armonía, sino en una antinomia viviente. La preeminencia de uno u otro de estos valores frente a otros, no puede ser determinada por una norma superior -tal norma no existe- sino únicamente por la decisión responsable de la época. El Estado de policía atribuía la preeminencia al bien

común, el derecho natural a la justicia y el positivismo a la seguridad" .

Consideramos, frente a esta tesis, que el primordial valor del derecho es la justicia, y, que, tanto el bien común y la seguridad, constituyen solamente sus manifestaciones en el ámbito individual o -en el societario.
Es evidente que el bien común es tal porque es un bien común justo. . La injusticia no puede crear ese ambiente de bienestar-espiritual y material necesarios para que el hombre alcance su dignidad de persona. Los medios que toda sociedad debe realizar -leyes, impuestos distribución de cargos públicos- para lograr el bien comun, deben inspirarse en los principios de la justicia.

Del mismo modo, la seguridad es tal, no sólo porque significa un orden -que puede ser ficticio o arbitrario- sino un Orden justo. La paz, que constituye su más cabal realización, a la vez que su expresión de más elevada jerarquía, sólo nace de la justicia.

CAPITULO II

LA JUSTICIA

1.- La justicia a traYés de 105 diversos sistemas filosóficos. 2.- La justicia como virtud, como concepto lógico y como ideal. 3.- La justicia y los otros valores del derecho. 4.- Clases de justicia. 5.- La justicia social.

1.- HISTORIA DEL PROBLEMA

Los objetos culturales se caracterizan por ser valiosos. Constituyen verdadMOs yehiculos a través de los cuales, se realizan los valores. Acierte, por tal razón, Recasens Siches, al expresar que no puede hablarse del derscho -que es un objeto cultural- sin una necesaria referencia axiológica.

La justicia es el valor principal que el derecho trata de realizar a través de sUs distintas expresiones. Podrá haber un derecho justo, menos justo o injusto, pero siempre llevará en si una aspiración hacia la justicia.

En los albores del pensamiento juridico occidental la justicia hace su aparición como una de las notas propias de la divinidad. Él consejo, la prudencia, el equilibrio, la armonía, no podían concebirse sino como atributos de los dioses. Themis es la consejera de Júpiter.

De la unión de ambos nace Dike, hermana de la verdad, que compone Y resuelve los litigios entre los hombres. Parece que el pensamiento griego hubiera querido expresar que sólo con la verdad se puede realizar la justicia. Para los primeros filósofos, la justicia es una virtud universal.

Traduce una exigenciá que "suceda aquello que debe (éticamente) suceder" .

Según Heráclito la justicia coincide con la necesidad cósmica en virtud de la cual se mantiene el orden y la regularidad del universo.

Como lo observa Bertini, "destino, necesidad, ley, razón, justicia, contienda, guerra, armonía, río que jamás se detiene" son para Heráclito términos que expresan la fatalidad del devenir cósmico.

En la filosofía de Parménidos, la justicia equivale a la ciencia, al saber sobre el secreto sentido de las realidades. Simboliza "el orden absoluto, la necesidad metafísica por la cual son imposibles las cosas absurdas".

La Escuela pitagórica, que tanta influencia tuvo después en esta materia, considera que la justicia es al igual que la ciencia, una armonia.
Trasladado el problema al mundo del hombre por los sofistas, éstos consideran que lo justo no existe por naturaleza sino que deriva de la ley, que equivale a convención u opinión. Esto significa, en términos más claros, que justicia y legalidad se confunden y como esta última es obra del arbitrio de Ips hombres, la separación entre lo justo y lo injusto depende de éstos.

Sócrates distinguió dos formas de justicia: una que consiste en el sometimiento a las leyes del Estado, que practicó aceptando

la injusta condena que recayera sobre él, y la otra, consistente en el respeto a esa ley no escrita, eterna e inmutable.

La República de Platón contiene una de las más hermosas pláticas que hayan sostenido los hombres sobre lo justo. La justicia es para Platón una virtud superior y ordenadora de las otras virtudes: la templanza, la fortaleza y la sabiduria. Mientras la primera morigera los placeres y los apetitos, la segunda gobierna los fmpetus y las pasiones, la tercera dirige la inteligencia hacia los conocimientos. La justicia está sobre ellas, constituye su coronamiento; "hace que ninguno de los tres principios del alma usurpen sus funciones respectivas, que se establezca un verdadero orden de su interior, que se regule a sf mismo, que se discipline cual escala musical, el más etevado, el más bajo y el central, más todos los tonos que puedan existir. La justicia representa en el sistema platónico la salud del alma; la injusticia su enfermedad" .

Este equilibrio que debe existir entre las virtudes, es semejante al que exige la ciudad perfecta en la que se armonizan lasfUooiones de sus integrantes 6.

En el Libro V de la Etica Nicomaquea, Aristóteles expone en forma lograda su pensamiento sobre la justicia. La llama "la más importante de las virtudes", "más admirable que la estrella de la tarde y de la mañana".

Comienza Aristóteles distinguiendo la justicia general o legal de la particular. Al tratar de la primera sigue la línea trazada por Platón; en cuanto a la segunda, elabora su propia teoría sobre el principio que debe regir las relaciones humanas.

Sobre la primera, se lee en el citado libro V de la Etica que "llamamos justo a lo que protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política. Porque la ley prescribe justamente hacer

los actos del valiente, tales como no abandonar las filas, ni huir ni anojar las armas; y los del varón manso, como no herir ni hablar mal de nadie, y lo mismo en las otras virtudes y fechorías, ordenando unas cosas y prohibiendo otras, rectamente, la ley rectamente establecida, menos bien la improvisada a la ligera. La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación a otro. Y por eso la justicia nos parece a menudo ser la mejor de las virtudes; y ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos" .

"A mi entender -dije yo---, lo que faltaha por considerar en la ciudad, después de haber tratado de la templanza, del valor y de la prudencia, era eso que da a estas cualidades la fuerza que necesitan para subsistir. Si permanece en ellas no hay duda que las conserva. Decíamos en verdad que si encontrábamos las tres cualidades citadas, la cuarta sería, sin duda la justicia-. Y por fuerza que así ha de ser, observé-. Pero si hubiera 'necesidad de discriminar, proseguí, qué cualidad hará a nuestra ciudad mejor, estimo que sería difícil de determinar si la igualdad de opiniones de los gobernantes y de los gobernad03, o el hecho de que se mantenga en los soldados la idea legítima e inquebrantable sobce lo que es temible o no, o la inteligencia y la vigilancia en los gobernantes, o, en fin, eso mismo que sobre todo hace buena a la ciudad y que descansa en la ocupación propia y limitada del niño, de la mujer, del esclavo, del hombre libre y del artesano, del gobernante y del gobernado, a sus actividades características.- Desde luego, sería difícil, dijo.- ¿Cómo no?- Por consiguiente, y al parecer, esa virtud de que cada cual haga en la ciudad las cosas que le corresponden, rivaliza con la prudencia, la templanza y el valor.- Indudablemente afirmé-

Entonces al menos mantendrás a la justicia como rivaJ de aquéllas para lo perfección de la ciudad.- En efecto. Considera ahora lo que sigue y dime si te parece lo mismo: ¿corresponderá a los gobernantes en la ciudad el administrar justicia?'-"':' y ¿por qué no?- Bien, y cuando eso hagan: ¿qué otro fin tend~án sino el de ocuparse' de que nadie posea lo que no es suyo ni se vea privcdo de lo que le pertenece?- Ningvn otro que el que tú dices.- ¿Pero con el pensamiento de que eso es lo justo? Si.- Con ello, la posesión y la práctica de lo que a cada cual compete se reconocerá como la justicia.-Eso es. Platón. la República. lib. IV, 433. Trad. de Miguel Antonio Miguez. AguiJar Madrid, 1959. Págs. 2B2, 283 Y 2'84.

La justicia, en su segunda acepción, es una parte de la virtud entera y sólo se refiere a las relaciones con los demás hombres, es la justicia no como legalidad sino como igualdad.

Lo justo es, según Aristóteles, lo igual. En todas las acciones humanas "en que hay lo más y lo menos hay también lo igual. Si, pues, lo injusto es lo desigual lo justo será lo igual; lo cual sin otra razón lo estiman así todos. Y puesto que lo igual es un medio, lo justo será también una especie de medio" .
Tanto la justicia legal como la particular, se dirigen al bien de otra persona. De allí se desprende que su característica esencial sea la alteridad sobre la cual tuvo el mérito de hacer hincapié Aristóteles.

La filosofía griega influyó en el pensamiento jurídico de los romanos. U:piano define la Jurisprudencia, como "la ciencia de lo justo y de lo injusto". Los iurisprecepta derivan del concepto de

justicia y se expresan como:, honeste vivere; neminem laedere ,Y cuique suum tribuere.

La justicia consiste en esa "constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo". El neminem laedere (no /Jacer daño a otro) y el honeste vive re (vivir honestamente) marcan los límites de la justicia -su función negativa por un lado y el elemento ético por el otro- mientras que el cuique suum tribuere (dar a, cada lino lo suyo) constituye lo propio del derecho.

El cristianismo recoge el sentido de la justicia como virtud general y subordinante de las otras. San Ambrosio la llama "madre fecunda de las demás virtudes" y otros padres de la Iglesia extienden su significado al cumplimiento de todos los mandatos y obligaciones.
San Agustín,bajo la influencia de la filosofía platónica, ve en Dios la fuente de toda justicia, que se expresa a través de los mandatos de la ley eterna. Tal virtud consiste en reconocer el orden impreso por la divinidad en el universo; en el hombre, el sometimiento de la criatura a Dios, y en la vida del cuerpo al alma.
Santo Tomás de Aquino definió la justicia como el "hábito por el cual, con perpetua y constante voluntad es dado a cada cual su derech~" 1°. Es un hábito en tanto que disposición permanente de la voluntad porque es una virtud moral y no intelectual, perfecta porque espera una íntima relación entre el propósito justo y el objeto, y constante porque debe ser perseverancia en dar a otro lo suyo.

Santo Tomás subraya el valor de la justicia como virtud social, porque "ordena al hombre en sus relaciones con el otro.

Mientras lo recto en las demás virtudes, afirma', no es tal sino en relación con el sujeto virtuoso, "se da el nombre de justo; con toda la rectitud de Justicia que comporta, a aquello en lo cual termina el acto de la virtud de la justicia, aún sin atender a como lo ejecuta. el agente".

La justicia tiene como materia la operación exterior, que en sí misma o en cuanto a la cosa de que se hace uso, guarda respecto de otra persona la debida proporción.
Esta relación es una cierta igualdad entre lo que se reconoce a otro como su derecho, como lo suyo, y aquello que se le otorga por tal concepto.

. Sigue la misma dirección,al considerar a la justicia como virtud general el filósofo moderno Leibn!z. Justo, segü'n él, es lo que participa en igual medida de la sabiduría y de la bondad. Esta última tiene por objeto alcanzar el mayor bien posible mientras que aquella, i!umina el camil')o para llegar a él. "La sabiduría, escribió Leibniz, es inherente al entendimiento y la' bondad a la voluntad, en tanto que la justicia lo es a ambos". El derecho no puede ser injusto, esto implicaría una grave contradicción, aunque la ley si puede contener injusticias.

El jusnaturalismo antiguo, el cristiano, y el moderno representado por Leibniz, cuya concepción sobre la justicia hemos referido anteriormente, identifican derecho, y justicia, con lo que incurren en un grave error al excluir del' campo del derecho lo antijurídico como si fuera extrajurídico.

El historicismo jurídico y el positivismo, que representan dos corrientes de pensamiento opuestas al jusnaturalismo,

cientifican también la justicia con el derecho pero sobré otros fundamentos. El valor jurídico, según el historicismo, .expresa el espíritu de un pueblo y se traduce mediante los mandatos de la autoridad. Por su parte, el positivismo, niega toda justicia trascendente con la premisa que nó hay otra que la establecida por la ley.

El idealismo hegeliano identifica la justicia con el derecho al. divinizar la realidad. En el prefacio de su "'Filosofía del Derecho". Hegel proclama que "lo que es real es racional y lo que racional es real" .

El formalismo representado por Stammler, considera la justicia como una idea. esto es como una noción abstracta de todos los hechos posibles de la vida humana. "La noción de lo justo entraña una unidad de ordenación de nuestros pensamientos. "Justo" equivale a lo ordenado unitariamente. Lo opuesto es el caos y la confusión del esplritu" 14, Gracias a esta idea que es la justicia, según Stammler, ordenamos la materia jurldica, en una armonla absoluta, que puede denominarse la "comunidad pura" que consiste en el enlace de fines y no en un criterio meramente subjetivo de validez.

Según Radbruch, el valor jurldico, "la idea del derecho, no puede ser otra que la justicia". La justicia puede ser entendida como obediencia a la ley (juez) o como ideal del derecho (legislador), cuya esencia es la igualdad que es una "idea formal", puesto que no precisa quiénes son los iguales y los desiguales, y que" por tanto, debe complementarse con la "adecuación al fin" (los valores morales dan lugar a tres tipos de sistemas:

Individualistas, supra-individualistas y transpersonalfstas) y con la seguridad que da al derecho fuerza para Imponerse.
La posición de Kelsen frente a la justicia como valor absoluto es negativa. El contenido de la justicia no puede ser determinado por la Teorla del Derecho a partir de datos emplricos, puesto que se la concibe como idea platónica -más allá de la realidad- o como la cosa en si, más allá de los fenómenos.

Tal justicia, en opinión de Kelsen, es inaprehensible por el conocimiento racional y todo intento en este sentido conduce a fórmulas vaclas de contenido, o a la "Iogificación de un objeto" en si extralógico 15. Además, según el autor de la Teorfa Pura del Derecho, una justicia asl, harla que el Derecho positivo fuera del todo superfluo. "Ante la presencia de un orden social absolutamente bueno, resultante de la Naturaleza, de la razón o de la voluntad divina, la actividad del legislador estatal seria la insensata tentativa de una iluminación artificial a la luz solar".

La justicia, según Del Vecchio, puede ser considerada desde dos puntos de vista: lógico el uno, y deontológico el otro.
La noción lógica de justicia es una categoría formal que por tal razón tiene la posibilidad de abarcar "todos los posibles casos de la experiencia jurldica, quedando, sin embargo, una e Inmutable (adiáfOra) frente a su múltiple y mudable contenido".

Conjuntamente con esta noción formal, fundada en el reconocimiento de otros sujetos, surge una exigencia y un criterio Ideal de justicia "que no se satisface con cualquiera relación intersubjetiva, fundada en un reconocimiento parcial, defectuoso o equivocado, es decir, sujeto a derivaciones o equivocaciones emprricas y contingentes, sino que impone el

reconocimiento igual y perfecto, según la razón pura, de la cualidad de persona, en sí como en todos los demás, y para todas las posibles interferencias entre otros sujetos. La justicia, en su suprema expresión quiere que cada sujeto sea reconocido y considerado por los demás como principio absoluto de sus propios actos; los que, por tanto, deben atriburrseles en sus determinaciones suprasensibles y todas las consecuencias que de ellos se deriven en el orden de los fenómenos".

2.- LA JUSTICIA COMO VIRTUD, COMO CONCEPTO Y COMO IDEAL

La elaboración histórica de la noción de justicia revela que ésta ha sido conoébida como una virtud, como un concepto lógico y como un Ideal.

La justicia como virtud -suprema y ordenadora de las otrasequivale a un hábito, voluntad constante del hombre justo, de reconocer y otorgar a otro lo suyo. Como concepto lógico es una relación fundada en la igualdad, en la proporcionalidad. Como Ideal representa esa permanente aspiración humana hacia el reconocimiento pleno del valor de la persona.

La virtud de la justicia es una disposición de la voluntad que la lleva a reconocer el derecho de los demás hombres.

La referida virtud reúne todos los elementos intrrnsecos de las otras, pero se diferencia de ellas por sus notas propias en las que, precisamente, radica su superioridad.

Es justo el hombre que por libre determinación se dirige perpetua y constantemente a respetar y a dar a los otros lo suyo; a realizar . el bien que le impone la virtud de la justicia.

Pero mientras las otras virtudes tienen como término al propio sufeto que las realiza, la justicia encierra una nota que la diferencia de ellas; su sentido social, se dirige a otra persona. Por esta razón abarca otras virtudes: el respeto, la gratitud, la veracidad, la liberalidad, la afabilidad. El hombre respetuoso, el grato, el veraz, el liberal, el afable, que da a los otros lo que les corresponde -respeto, gratitud, franqueza, ayuda, gentileza- es un hombre justo.

El concepto lógico de justicia expresa una relación porque implica la existencia de dos sujetos. No puede pensarse en un acto justo sin tener en cuenta un sujeto que lo realiza y otro que lo recibe.
Este concepto relacionante exige que cada sujeto admita la existencia de los otros. Cualquiera que sea el origen que se quiera atribuir a' ese conocimiento -empírico o racional- existe un dato primario que es la "alteralidad" por el cual "el sujeto se opone objetivamente a los demás y se reconoce como perteneciente a un orden de relaciones con los otros, o si nos es lícito expresamos así -apunta Del. Vecchio- hay una conciencia de sí en forma objetiva, por la cual la subjetividad se proyecta en una coordinación" .

Esta "posición objetiva de la subjetividad" que es "coordinación intersubjetiva" vista desde el otro ángulo de la relación gnoseológica, constituye el fundamento del concepto de la justicia cuyas .notas son alteridad o bilateralidad, reciprocidad, e intercambio.

Alteridad o biláteralidad se traduce por reconocimiento de otra persona como tal, a la que corresponde algo en calidad de suyo.

Más que enfrentamiento simultáneo de dos sujetos, la alteridad supone la valoración mutua de su dignidad.

Llámase reciprocidad a la limitación de la conducta de un hombre frente a otro, que nace de la afirmación y de la negación quelleva implicitas la noción de persona .que se funda a la vez en ur;1 autocónocimiento y en el conocimiento de los otros. De alli deriva el "intercambio" que quiere decir que "todo acto realizado por alguno frente a otro, lleva consigo la virtual autorización a un acto análogo entre los mismos sujetos que en hipótesis hayan invertido sus partes".

No parece que la "remuneración", reconocimiento de lo que cada sujeto "vale" de modo singular, sea un elemento lógico o racional de la justicia. El ordenamiento jurídico no considera la esencia humana en sí misma sino las diversas situaciones del hombre comprendidas dentro de las normas. Lo que el sujeto tiene de individual, de "inefable" corresponde a la estimativa.

El predicado común de todas las notas mencionadas antes es, sin duda, la igualdad. Las relaciones intersubjetivas, fundadas en el mutuo reconocimiento de las personas, limitadas por la esfera de atribución de cada una de ellas y sujetas a intercambio, pueden llamarse justicia, sólo cuando se basan en la igualdad, como lo vio Aristóteles.

La idea de igualdad -que supone trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales- es simplemente formal. Deja sin contestar -como señala Radbruch- dos preguntas; primera: a quién debe considerarse igual y a quién desigual; y segunda: cómo han de ser tratados los iguales y los desiguales.

.Este carácter abstracto y formal de la igualdad, que proclama toda ley dentro de la generalidad de su fórmula, constituye, a la vez, la raíz de la dignidad y de la imperfección de la justicia, que se supera con la equidad.

Pero la justicia es todo esto y algo más: un ideal inspirador del derecho. Este ideal nace de uno de los más hondos e innegables sentimientos humanos -el sentimiento de justiciao, que encierra un anhelo permanente de superación. Ese mismo ideal es para el jurista un empeño constante para dar a la justicia un contenido cada vez más logrado.

Si esas son las raíces del "ideal de justicia" cabe interrogarse por su finalidad. Esta no puede ser otra que el reconocimiento de la persona humana como el valor más alto de la existencia.
Los progresos de la justicia, si es posible hablar de ellos, tienen como propósito realizar ese valor, que significa la afirmación de la dignidad ,del hombre y de su libertad.
Para que los demás logren una vida que pueda llamarse humana, la justicia busca cÓn afán incesante atribuirles y otorgarles todo lo que es "suyo" superando egoísmos e intereses. De aquí el por qué de su naturaleza dramática y de la eterna lucha por la justicia.
"El derecho no es mero pensamiento, sino fuerza viviente. Por eso lleva la justicia en una mano la balanza, con la que pesa el derecho; en la otra la espada, con la que lo mantiene; la espada sin la balanza es violencia bruta, la balanza sin la espada es la impotencia del derecho", R. V. Ihering la lucha por el Derecho. Ed. Cajica. México, lima, Buenos Aires, pág. 45. .

La visión del ideal de justicia no es, sin embargo, la misma en todos los pueblos ni en todas las épocas. Está sujeta a mutaciones.
Estrechez y angostura del sentido del valor ha llamado Hartmann a este fenómeno. "El proceso del descubrimiento primario de los valores no transcurre de manera uniforme, ha escrito. En ocasiones prooede bruscamente, a saltos, como el memorable hallazgo del peculiar valor 'del "amor" debido a Jesús. Los héroes del espíritu, profetas, fundadores de religiones llevan a cabo tales descubrimientos que en ocasiones logran sUbyugar a las masas. Sin duda sólo tiene fuerza decisiva aquello que está en "hora de sazón", lo que ya oscuramente palpitaba en el multitudinario sentimiento del valor". "Ni todo tiempo está maduro para los sustentadores de ideas, ni éstos encuentran siempre resonancia bien puede ser que permanezcan incomprendidos y mueran solitarios aun cuando hayan vislumbrado valores por primera vez" .

Max Scheler llama a ese fenómeno "variaciones del ethos", esto es del percibir sentimental (por consiguiente del "conocer") de los mismos valores, así como de la estructura de preferir valores y del amar y el odiar" que ha originado verdaderas perversiones, como aquella que él mismo ha analizado con tanta suWeza, sobre la falsificación de los valores por el resentimiento.

Se equivocétn, pues, quienes confunden la justicia ideal, con los diversos ideales de justicia, sujetos a las mutaciones del juicio moral, pero que tienen como meta la realización de aquella.

3.- LA JUSTICIA Y LOS OTROS VALORES DEL DERECHO

La justicia es el supremo valor del derecho y por tal razón no constituye un fin propiamente tal de éste a la manera del bien común o de la seguridad.

A menudo se confunden los valores con los fines, pero entre ellos existen diferencias. Los valores son cualidades, jamás se llega a ellos, y "fuentes de sentido" para la existencia humana a la que ofrecen sólo un futuro indeterminado. Los fines son puntos de llegada, pueden ser realizados, superados o abandonados, originando, de ese modo, un estado o una situáción determinables en el tiempo.

La justicia, como valor, reúne los mismos caracteres que los otros valores morales, en cuanto a su depositario, al sustracto del valor mismo y al beneficiario.
Los valores morales tienen como depositario a una persona, no así los valores de lo agradable o lo útil, por ejemplo, que radican en las cosas, Ai los vitales que pertenecen a los seres vivos y los estéticos a los objetos.
El sustracto se halla en la conducta que se dirige hacia otra persona o comunidad de personas que constituyen su término.
Pero además de estas notas, la justicia encierra otra: su carácter social. Sólo tienen sentido para el individuo como miembro de una comunidad.

El cumplimiento de los valores sociales se halla sujeto a dos condiciones: la primera se refiere a su realización que es posible sólo dentro de la comunidad, y la segunda que tal comunidad de personas se halle sometida al mismo sistema de valore~. Si

existiera sólo un hombre, no tendría sentido la justicia como tampoco frente a quien es ciego para los valores.

Los valores sociales son singulares si puede llevarios a cabo el individuo por sí mismo, y colectivos cuando requieren una comunidad, ya porque al individuo le falta el poder necesario (justicia) ya porque sólo valen para una comunidad (orden).

Aparte de estas connotaciones lógicas del valor justicia, que no llegan a su esencia, es necesario el análisis de su estructura. Es evidente que la justicia ofrece una forma y un contenido. La determinación formal de la justicia está dada por la igualación que por cierto, "no basta como idea orientadora del derecho: requiere la consideración de la esencia axiótica del hombre".

El contenido de la justicia se funda en lo "suyo" (en el suum de los clásicos) que debemos reconocer y otorgar a los demás hombres y que les corresponde porque son tales, porque reúnen los atributos que les pertenecen como personas. La justicia consiste, pues, en reconocer a los demás como personas, llamadas a realizar su propio destino, para lo cual tienen derecho a aquello que es lo suyo, que debe series reconocido por los otros.

De aquí se desprende que la justicia es un valor social que tiene su raíz en la persona, que es superior a la sociedad, a la Nación, al Estado. Llega a la sociedad por comunicación, pero su mundo espiritual "escapa a la sociedad y no puede ser determinado por ella".

Ese mundo espiritual es el reino de la soledad; la esencia original e indudable de cada hombre, a la que se ha referido Del Vecchio y describe con hondura 'Berdiaeff, que sólo puede desvelarse mediante por la comunión del yo con el tú.
Algunos tratadistas, sostienen que la justicia no es el único valor del derecho. Al lado de ella admiten otros valores o señalan como tales, objetos ideales (relaciones) que no reúnen las notas de aquellos.

La taba de valores propuesta por la "Teoría Egológica", llamada "plexo axiológico" del derecho, según ella, se integra además de la justicia por "el orden, que recae sobre el plan de vida contenido en la coexistencia y es su valor, siendo fa anarqula su desvalor. La seguridad, que recae sobre la coexistencia en cuanto circunstancia y es su valor, siendo la inseguridad como peso de la fuerza bruta su desvalor. El po.. der, que recae sobre la jerarqula contenida en la coexistencia y es su valor, siendo la impotencia su desvalor. La paz, que recae sobre la coexistencia en cuanto unión y es su valor, siendo la discordia su desvalor. La cooperación que recae, sobre la autonomla personal contenida en la coexistencia y es su valor, siendo la masificación desvalor. La solidaridad, que recae sobre la coexistencia en cuanto suerte en común y es su valor, siendo el aislamiento su desvalor" .

La justicia aparece dentro de este "plexo axiológico" como valor central e irradiante.
Cabe, sin embargo, observar que el orden en si mismo no es un valor, ni menos aún un valor jurídico, sino uno estado que deriva de la observancia de otros valores. La seguridad, como se expuso antes, es, no un valor, sino uno de los fines del derecho. El poder significa una forma de acción que sólo puede

justificarse en otros valores. La cooperación y la solidaridad son en si mismas modos de vida social.

Sólo quedaría la paz, que es valor tributario de la justicia.

Cualquier que 'sea la extensión que se quiera dar a una escala de valores en los cuales deba inspirarse el derecl)o, la justicia ocupa lugar principal, y su presencia -aun en el caso en que sea negada u oprimida- es para él necesaria e imprescindible.

La concordia y la prudencia, a las que se ha pretendido atribuir el carácter de valores jurldicos, pertenecen al ámbito de la moral y guardan con el derecho las relaciones que existen entre ambos modos de regulación de la conducta.

4.- CLASES DE JUSTICIA

La justicia reviste varias formas. Aristóteles en la "Etjca Nicomaquea" comienza con su distinción entre la justictia general o en sentido amplio y la justicia particular o en sentido estricto.
La primera, es algo más que una virtud: el conjunto de todas las virtudes, la virtud que se refiere al bien y a la conveniencia de los demás.
La justicia en sentido estricto comprende sólo las relaciones con los otros; su observancia deriva de la exigencia de mantener el orden en la sociedad.

La justicia particular es de varias especies; las principales se de-, nominan justicia distributiva y justicia correctiva o equiparadora.

La justicia distributlva es la debida por la comunidad a sus miembros, Y consiste en la repartición de las cargas y de los beneficios sociales entre los individuos que integran la sociedad en atención a sus méritos.

En la justicia distributiva, se trata de una igualdad de proporcionalidad. A personas de méritos desiguales no se les puede r.econocer bienes iguales. La desigualdad de los méritos se compensa con la desigualdad del valor de las cosas. Esta -relación fue definida por Aristóteles como "proporción geométrica", que consta de cuatro términos: los méritos y las cosas.

La justicia correctiva o. equiparadora (diórtica o sinalagmática) tiene por objeto que un individuo dé a otro Sl,l derecho estrictp, observando una perfecta igualdad -proporción aritmética- entre lo debido y lo que se dá. Esta justicia no tiene en cuenta las personas sino las cosas; es objetiva, no subjetiva.

La justicia equiparadora rige las relaciones contractuales (equivalencia entre el bien que se dá en venta y el precio que se recibe por él) y se le llama conmutativa; y es, asimismo, la inspiradora del juez para resolver los litigios tanto civiles como penales por cuya razón se denomina judicial.

Aristóte!es distingue otras formas de justicia: regal, si procede de la ley natural y es independiente de la voluntad del hombre; particular si corresponde a las peculiaridades de una ciudad determinada, y común, apli.cable a todos los pueblos; escrita y no escrita; y en cuanto a sus aplicaciones: política, que pertenece al Estado; heril, si gobierna las relaciones entre amos

y siervos; patria que regula los derechos y deberes de padres e hijos; y doméstica que atañe a los vlnculos entre marido y mujer.

Santo Tomás de Aquino, supera el esquema Aristotélico introduciendo una nueva forma de justiciá, llamada justicia legal.
"La justicia, expresó, tiene por objeto regular nuestras relacio. nes con otro y esto de dos maneras: con otro considerado individua:mente y con otro considerado socialmente, en cuanto servidor de una sociedad y,por lo mismo, de todos los hombres que for"man parte de ella".

La primera es la jústicia particular que se realiza a través de, sus dos especies clásicas: conmutativas "que tiene por objeto el intercambio o mutuo entre las personas" y distributiva que rige "la relación del todo con sus partes, a la cual corresponde la de la sociedad con cada uno de sus miembros".

La justicia legal es la que debe el hombre a la comunidad y su objeto es la realización del bien común. Es superior a las antedichas formas de la justicia particular, porque el bien común, el bien del todo, es superior al bien de las partes.
El derecho privado se basa, principalmente, en los principios de la justicia conmutativa, mientras el derecho público, se inspira en los preceptos de la justicia distributiva y de la justicia legal. En el primer campo predomina la coordinación como sistema, en el segundo, la subordinación. Mientras en aquél se proclama como máximo valor La libertad del individuo, en éste se reconoce la prelación del orden sobre aquella.

Gracias a la justicia social puede superarse esa antinomia entre la negación de la sociabilidad, por un lado, y la negación de la libertad, por otro. .
El hombre no es un "individuo" aislado sino que posee esa dimensión primaria de sociabilidad que lo caracteriza como persona.
La sociedad tampoco es un todo absorbente que aniquila a sus integrantes, porque como muy bien lo ha dicho A. B. Vinet, "la sociedad no es todo el hombre, sino solamente todos los hombres".

La justicia social significa el reconocimiento del hombre en su más alta y plena dignidad, es decir, en su calidad de persona. No sólo como titular de un derecho para exigir equivalencia de bienes y prestaciones -que significan muy poco para el que siendo persona, debido a circunstancias de indigencia o pauperismo, poco puede dar ni para recibir beneficios y soportar cargas desiguales entre desiguales; sino para que se le dé lo "suyo", esto es, lo que requiere para una vida digna, de acuerdo con su esencia espiritual y su vocación trascendente.

5.- LA JUSTICIA SOCIAL

Aun en el campo teórico, la polémica sobre la justicia social ha revestido en nuestra época dimensión extraordinaria. Algunos sociólogos y juristas, identifican la justicia social con la legal (Rutten); otros con la justicia dlstributiva (Faidherbe, Getino), con la legal y la distributiva a la vez (Pesch). Para Messner, regula las relaciones de los grupos sociales entre sí y de los individuos como miembros de ellos. Finalmente, existe una

tendencia que considera que la justicia social significa el reconocimiento de los derechos naturales del hombre.
Quienes niegan la autonomía de la justicia social - razonan, con Vermeersch, de este modo: "La justicia propiamente dicha es una virtud que da a cada cual su derecho (lo que es debida). Luego habrá tantas especies de justicia propiamente dicha, cuantas son las especies de derechos que se deban a otro. Ahora bien, hay tres especies de derechos, a saber: el que deben los miembros a la comunidad, el que debe la comunidad a los miembros y el que se deben las personas privadas unas a otras. Luego hay tres virtudes distintas que constituyen tres especies de justicia propiamente dicha. Estas tres especies de justicia son la legal, la distributiva y la conmutativa. Por fin, estas tres especies son últimas, es decir, no admiten otra subdivisión. Porque no hay más persona que los individuos y la comunidad, ni cabe discurrir otro cuarto orden de relación entre las personas, consideradas simp!emente bajo el concepto de tales" .

Según esta argumentación, la justicia social queda subsumida dentro de la justicia legal. Se niega la diferencia entre ambas, a base de una inexacta concepción de la justicia social, -y porque se limita el distingo tan sólo a los caracteres externos que se atribuyen a esta última.

Quienes se obstinan en impugnar la autonomía de la justicia social -muchos de ellos por temor a la palabra socialista- la consideran como la simple repartición de la riqueza superflua entre los indigentes y señalan que dicha clase es su sujeto activo, los poseedores su sujeto pasivo, las cosas superfluas su

objeto material y el derechq de los desposeídos su objeto formal.

Pero las notas citadas no constituyen las características de la justicia social y, por tanto, no son los elementos que la diferencian de las otras formas de justicia.
La justicia social persigue que cada hombre, como ser social, reconozca al otro lo que le es debido como persona. Mientras la justicia legal nos obliga hacia la sociedad para alcanzar el bien común, la justicia social mira más lejos y más profundamente: como seres sociales que - somos, estamos obligados hacia los otros hombres en cuanto son personas. Va, de ese modo, más allá del bien común, para llegar a su fundamento que es el ser humano. "Semejante al sol, ha dicho de ella Santo Tomás, que siendo una realidad distinta de los otros seres, tiene respecto a ellos el rol de una causa universal. al er:'lVolverlos en su luz y al transformarlos por su calor, la justicia social tiene como fin promover al bien común actos de todas las demás virtudes. ..".

La justicia social no sólo obliga a los poseedOres de la riqueza sino como dice "Quadragesimo Anno" sino que prohibe que una clase excluya.a las otras, en la participación de los beneficios", y, -por la misma razón, su sujeto pasivo no es sólo un grupo, sino muchos.
Si ta!es son la modalidad Y los sujetos de la justicia social, queda por precisar su objeto. Este no es otro que lo "suyo" que corresponde a todo hombre por ser persona. No lo que ha adquirido, no lo que podrá adquirir, sino lo que le es necesario dada su condición de hombre. Cabe repetir aquí la advertencia de Santo Tomás" cuando recuerda estas palabras de San Ambrosio: "De los hambrientos es el pan que tú retienes; de los

desnudos la ropa que tú guardas; y redención y liberación de los desgraciados, el dinero que atesoras".

Como afirma Messner la justicia social es, en sentido amplio, el conjunto de deberes jurídico-naturales (no jurídico positivos) hacia el bien común, y en sentido estricto, regula la relación de los grupos sociales".

La noción de justicia social está profundamente vinculada al progreso del derecho y es, sin duda, uno de los criterios inspiradores de la tendencia a su más cabal humanización.
De ese modo, la justicia social, según Luño Peña, como síntesis de la legal y la distributiva, es causa de integración social, fundamento del bien común y garantía suprema de la paz.

NOVENA PARTE

EL PENSAMIENTO JURIDICO
EL JUSNATURALISMO - HISTORICISMO y POSITIVISMO
TENDENCIAS MODERNAS

CAPITULO I
EL JUSNATURALISMO

1.- El jusnaturalismo grecoromano. 2.- El jusnaturalismo cristiano.
3.- La Escuela Moderna de Derecho Natural.

1.- El JUSNATURALISMO GRECO-ROMANO

Frente al problema de la justificación del derecho, ef esprritu humano ha adoptado tres actitudes teóricas: búsqueda de un fundamento trascendente; se ha limitado al campo de los hechos sociales o históricos o, se ha apoyado en una legalidad puramente lógica. la primera actitud corresponde al jusnaturalismo o doctrina del Derecho Natural; la segunda al positivismo y al Historicismo, y la tercera al Formalismo. Tales actitudes, que representan posiciones extremas, admiten diversas variantes.

la antigüedad del derecho natural -ha escrito Rommen al empezar una obra sobre este tema- se identifica con la antigüedad de la filosof(a que "comien¡;a por la admiración: el derecho natural también" .

El reconocimiento de la existencia del derecho natural y la aspiración a realizarlo, no excluye la realidad de un derecho positivo, sino, más bien, deriva de éste. la mutabilidad de las normas a través del tiempo, y sus cambios en las distintas áreas culturales, llevan a los hombres a investigar sobre sus últimos fundamentos y sobre la razón de su obligatoriedad, y a preguntarse por las mejores leyes y por la mejor fo.rma de Estado.

Los problemas jurrdicos, no fueron extraños a la inquietud de los primeros pensadores y filósofos griegos. Pitágoras (600 a J.C.) ve el universo como un todo ordenado, regido por los principios de una justicia cósmica, que preside la 'generación y la disolución de los seres. Parménides (475 a. J.C.) atribuye a la justicia el sentido de ley universal que garantiza la inmutabilidad del ser, base de la doctrina eleática

Las ideas pitagóricas sobre la armonía cósmica (derivada de relaciones matemáticas entre los diversos seres) influyeron sobre el derecho posterior. Heráclito (535 a. J.C.) átribuye al lagos la calidad de ley divina inspiradora de las leyes humanas. "Todas las leyes humanas se nutren del Uno. Divino" dice (Fr. 114) y ese "uno divino" es el lagos o el cosmos.

En todas estas doctrinas aparece como elemento común un "iusnaturalismo panteista de signo cosmo'ógico" 2 que fue también tema de los grandes trágicos.
"Kreón. ¿Tú que inclinas la cabeza hasta el suelo niegas haber sepultado a Polinice?-
Antígona, lo confieso; no niego haberle dado sepultura-.
Kreón, ¿Conocías el edicto que prohibía hacer eso?-
Antígona. Lo conocía: lo conocen todos. -
Kreón. .¿Y has osado violar'las leyes?-
Antígona. Es que Zeus no ha hecho esas leyes ni la justicia que tiene su trono en medio de los dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los dioses puesto que tú eres tan sólo un simple mortal.Inmutable son no de hoy- y de ayer. Y eternamente poderosas que nadie sabe cuando nacieron. No quiero por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino. Yo

sobía que un día debería morir ¿cómo ignorarlo? aún sin tu voluntad. Y si muero prematuraménte --oh-- será pora mi una gran fortuna. Paro los que como yo viven entre miserias innumerables. .. la muerte es un bien", Sófocles (407 a J.C.) "Antígona",

Cuando la meditación filosófica griega se traslada a los problemas del hombre gracias' a los sofistas, aparece nítida la oposición entre lo justo según la naturaleza y lo justo según la ley, pyhsis y nomas.

En opinión de los sofistas (Trasímaco, Calicles, Hippias, Alcídamas) existe un derecho natural, con el que no siempre coinciden las leyes de los pueblos, ya que tales leyes responden al interés de .los fuertes (Trasímaco) o son una barrera puesta por los débiles contra aquellos (Calicles). Alcidamas proclamó como principios básicos que "la divinidad ha creado libres a todos los hombres" y que "la naturareza no ha hecho a. nadie esclavo".

Sócrates (49B a. J.C.) admite que existen normas de validez, abI soluta cuyo conocimiento lleva a la práctica del bien y de la justicia.

El sabio es necesariamente virtuoso. La ciudad y las leyes positivas, constituyen realidades éticas que todo hombre debe respetar. Platón en su hermoso diálogo "Critón" presenta a Sócrates, proclamando el deber absoluto de obediencia a las leyes, incluso cuando de el!as se valen los hombres para cometer una injusticia. Platón (497 a. de J.C.) contrapone la ley verdadera a la ley positiva. La primera es la idea, de ley,

pertenece al mundo de las ideas; la segunda es una imagen o sombra de aquélla. El gobernante debe buscar Y contemplar aquella idea; de aquí que los gobernantes deban ser filósofos y los filósofos gobernantes.
Según Platón, la idea de hombre -cuyo mode!o es el ciudadano-, se realiza a través de la Polis, del Estado, que lo conduce mediante las leyes, a la sabiduría, al bien, a la justicia y a la felicidad.

Para Aristóteles (384 a. de J.C.) que ha sido llamado el "padre del derecho natural" el bien consiste en la plena realización de la esencia de un ser. "La ley suprema de la moralidad es, pues, ésta: realiza la esencia la naturaleza; lo que es natural es al mismo tiempo lo que es moral, la esencia es inmutable".

Lo justo reviste dos formas: lo justo por naturaleza y lo justo según la ley. La ley natural se origina en lo justo por naturaleza, es universal e inmutable. La ley positiva nace de la voluntad del legislador y debe ser la expresión de la ley natural.

La noción de equidad, definida por Aristóteles en forma admirable, se explica por la necesaria inadecuación que encontró entre la ley positiva y el derecho ideal.

La filosofía estoica, que corresponde al último periodo del pensamiento griego (siglos II a l a de J.C.), equipara el universo a una gran ciudad (civitas máxima), reconoce la existencia de un alma del mundo que contiene las razones seminales (Iogos spermatikoi) que informan la realidad de la que participan todos los hombres, que por tanto, son iguales.

La común naturaleza humana está regida por un conjunto de principios éticos universales, que constituye el derecho natural.
El pensamiento jurídico de los romanos recibió la influencia de la filosofía griega y en forma especial de la corriente estoica.

Marco Antonio Cicerón (106 a. de J.C.) recogió tales ideas. La Ciencia del Derecho, según este notable retórico, no nace del conocimiento de la ~ey de las XII Tablas ni de los edictos' de los pretores, sino de la Filosofía' (ex intima philosophia). Esta nos descubre una ley natural, que tiene como fuente la razón misma y que es común a todos los hombres y a todas las épocas. Esta ley se llama también ley eterna y es el derecho mismo, que no se reduce a los decretos de los principes ni a las simples sentencias de los jueces, porque si asi fuera "el robo, el divorcio, los testamentos falsos, con tal que estén firmados, serían derecho" desde el momento de su admisión por el consentimiento y la decisión de la multitud.

Cicerón apela con frecuencia a la ley natural y la considera como el fundamento y la razón de ser del derecho promulgado. Otros estoicos, como Séneca; condenarán la esclavitud porque homo sacra res homini.s (el hombre es sagrado para el hombre), o dirán como Epicteto que "somos miembros de un cuerpo. La naturaleza ha puesto en nosotros, que hemos nacido iguales de hombres iguales, un amor recíproco y ha hecho de nosotros compañeros; nos ha infundido las ideas de la justicia y la equidad"; o como Marco Aur"'elio "por el hecho de ser hombre mi patria es el mundo".
Los grandes juristas romanos reconocieron la existencia del derecho natural, modelo y pauta de las normas positivas. La reflexión filosófica sobre la naturaleza del hombre, de

inspiración estoica, y el conocimiento de las legislaciones de los diversos pueb~os conquistados que contenían principios universales comunes, llevó a reafirmar la concepción de aquel derecho. En esta era (siglos 11 y 111), Ulpiano extiende el concepto de derecho natural de los hombres a los animales y a los demás vivientes, como aquél prima naturalia de los estoicos, que se traduce en el instinto de conservación.

Gayo identificó el derecho natural con el derecho de gentes reconocido por los romanos a todos los pueblos del mundo. Paulo, por su parte, buscó un fundamento metafísico para el derecho natural y lo define como aquél quod semper bonum aequum esl Con acierto observa Carie, al referirse a esta etapa de la evolución del pensamiento jurídico, que "Estos tres jurisconsultos explicaron el derecho natural, por consiguiente, bajo tres aspectos distintos: Ulpiano, fundándose en la naturaleza física del hombre, que le inspira, como a todos los seres inferiores, el instinto de la propia conservación; Gayo, que busca preferentemente su base en el cons~ntimiento de todos, el cual testifica la conformidad del derecho de gentes con la razón natural, dándole así una base histórica y comparativa, y, por último, Paulo, que trató de darle una base metafísica e ideal" .

2.- EL JUSNATURALISMO. CRISTIANO

La filosotra cristiana se inspiró en el pensamiento griego y en la jurisprudencia romana para crear un sistema de derecho natural con sentido teológico.

San Agustín (354 de J.C.) fundamenta el orden del universo en la ley eterna (Iex aeterna) que significa "razón suprema y voluntad de, Dios que manda respetar el orden natural y prohibe perturbarlo". Esta leyes para la naturaleza inanimada "necesidad ciega" y para el hombre, norma de su actividad moral escrita en su conciencia. .

La ley eterna constituye modelo de las leyes humanas temporales. El legislador debe basarse en ella, aunque adaptándose a las circunstancias que son por naturaleza variables.

Por otra parte, en cuanto a su extensión.. las leyes humanas están limitadas sólo a un sector de la conducta que es el que comprende las relaciones sociales.

El más elevado exponente del pensamiento filosófico cristiano es, sin duda, Santo Tomás de Aquino (no en 1225). Su concepción del derecho, su teoría sobre la justicia, su interpretación del Estado, constituyen, dentro del sistema que elaboró, exponentes de una clara y profunda comprensión del sentido ético de la vida humana temporal a la luz de ras ideas cristianas.

El universo, según Santo Tomás, se halla gobernado por la ley 'eterna que traduce la voluntad y la sabiduría de Dios que rige todas las cosas del mundo. Los seres, los inanimados y los vivientes, las cosas y el hombre, están sometidos a la ley eterna.

El concepto de ley eterna abarca no sólo las leyes físicas y las biológicas, sino aquéllas que presiden los actos propios del hombre.

Estas, que se hallan constituídas por "la participación de la ley eterna en los seres racionales" reciben el nombre de ley natural.

La ley natural se expresa en una norma fundamental, que ordena al hombre obrar de acuerdo con los dictados de su naturaleza racional, y constituye el principio de las leyes humanas.
Su fundamento metafísico se halla en la esencia misma del hombre, que actúa en busca de un fin, de acuerdo con su naturaleza. El fin 'se presenta como un bien que, a su vez, es el que determina la acción. . "Hay que hacer el bien y no hacer el mal" es el precepto supremo de 'la ley natural. Esta regla equivale al mandato que obliga al hombre a realizar su naturaleza racional.

La ley natural -que es la ley eterna misma inscrita en la conciencia del hombre- participa de las notas de universalidad e inmutabilidad que corresponden a los preceptos de esa ley eterna. Sin embargo, Santo Tomás distingue varios grados entre las normas de la ley natural. En primer término, la regla fundamental "hay que hacer el bien y evitar el mal" que tiene valor permanente y pleno; en segundo lugar, principios supremos evidentes que se desprenden de aquélla y que tienen el mismo valor (principia communissima quae sunt omnibus nota);

Y en tercer lugar, otros principios, denominados "conclusiones", conocidos sólo gracias al pensamiento discursivo no exento de la posibilidad de error, que es más frecuente en el entendimiento práctico perturbado por las pasiones, que en el teórico.

La universalidad y lainmutabilidad de la ley natural se refiere tan sólo a los preceptos primarios, mas no a los secundarios. Estos pueden cambiar, .sea por adición o por sustracción, por e: enriquecimiento de la norma o regla misma o por cambio de la materia regida por la ley, siempre que ésta siga vigente para la generalidad de los casos.

La ley humana debe inspirarse en la ley natural y deja de ser tal. cuando se aparta de ésta. La finalidad de dicha leyes servir al bien común y su requisito formal, es el ser promulgada por quien está legítimamente a cargo del gobierno de la ciudad.

La ley humana no prescribe todas las virtudes ni prohibe todos los vicios. Se limita a la búsqueda del bien común regulado por el principio de la justicia que es la "virtud social por excelencia". De allí la nota de generalidad de la ley y su independencia frente al querer o al consentimiento de los gobernados.

Santo Tomás pone especial cuidado en explicar la génesis de la ley positiva, esto es, la manera cómo deriva del derecho natural, que puede realizarse de dos modos: por vía de conclusión (de los principios) y por vía de determinación (de lo genérico, común y abstracto). El derecho de gentes (jus gentium) se genera del primer modo; el derecho civil (jus civile) del segundo. Los preceptos del primero tienen un valor que nace de ellos mismos; los del segundo, el valor qu~ el legislador quiera darles.

El derecho positivo no puede contradecir al derecho natural. La ley injusta, por esa razón, no obliga en conciencia. Sin embargo, puede darse el caso en que haya necesidad de obedecerla, pero

no por ella misma sino por otro precepto de derecho natural, que es el que ordena someter el bien particular al bien general.

El pensamiento jurídico español de los siglos XVI y XVII sigue la tradición jusnaturalista cristiana. El más genuino representante de este movimiento -en el que destacan los maestros Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Fernando Vásquez de Menchaca, Bartolomé Medina, Luis de Molina y otros- es, sin duda, Francisco Suárez n. en 1548.

Suárez reconoce la existencia de una ley natural en la conciencia de los hombres, que abarca toda la amplitud del orden ético y constituye un código único por su universalidad y por la armoniosa organización de sus preceptos. La ley natural inmutable y universal en sus primeros principios, cambia en su aplicación por las variacjones a que está sometida la materia social a que se dirige por sí misma y por el arbitrio humano.
Los preceptos del derecho natural asumen, por tal razón, según el filósofo español, dos clases: derecho natural preceptivo, cuyo contenido es independiente de la determinación humana; y derecho natural dominativo, o sea aquellos que provienen de nuestra libre decisión, que genera normas e instituciones que el derecho natural reconoce.

3.- LA ESCUELA MODERNA DE DERECHO NATURAL

Bajo los signos del individualismo, el racionalismo y el "naturalismo" nació el moderno derecho natural. Hugo Gracia (n. en 1583) es el iniciador de esa Escuela.

Gracia, en su obra "De iure belli ac pacis" define el derecho natural como "el dictado de la recta razón que indica que alguna acción, por su conformidad. o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad y necesidad moral y de consiguiente está mandada o prohibida por Dios, autor de la naturaleza" 8.
El derecho natural es inmutable y "ni aún Dios lo puede cambiar" porque así como Dios no puede hacer que dos y dos no sean cuatro, así también que lo que e~ malo intrínsecamente no lo sea".

Las pruebas de la existencia del derecho natural pueden ser a priori y a posteriori. Las primeras se obtienen demostrando la conformidad o disconformidad de alguna norma con la naturaleza racional y social; las segundas, observando su existencia en todos los pueblas o, por lo menos; en los de mejores costumbres.

El fundamento del derecho natural se halla en la "sociabilidad humana" reconocida por la recta razón. La inviolabilidad de pactos constituye la expresión de esas condiciones de sociabilidad, de las que -mediante un contrato social- ha nacido el Estado.
Grocio representa, en cierto modo, la transición entre el pensamiento escolástico cristiano y el individualismo de la Edad Moderna.
Con Hobbes (n. en 1588) se inicia nuevo derecho natural que atribuye exagerada importancia al "estado de naturaleza" del que derivan dos ideas: la libertad y la igualdad.

Según Hobbes, el hombre no es un ser sociable por naturaleza, sino egoísta y malvado. En ese estado vive según su ley y sin ninguna inclinación social. Sin embargo, por conveniencia, debe salir de tal situación y asociarse con los demás, mediante un contrato impuesto por la ley de la conservación que es el derecho natural. De ese pacto nació el Estado cuya función es protege,r a los individuos mediante una voluntad omnipotente que se expresa a través de la ley positiva.
Pufendorf (n. en 1632) fue autor de un sistema ecléctico. que recogió todas las doctrinas jusnaturalistas.

Pufendorf sostiene que el hombre es un animal sociable y no social, que en un "estado de naturaleza" gozó de libertad y de igualdad con los demás, pero que para garantía de la vida en común debió someterse a un soberano y fundar el Estado. "También aquí, escribe Del Vecchio, se presenta la misma confusión en el concepto del "estado de naturaleza", bajo el cual se entiende: a) una sociedad, un período histórico anterior a aquél en el cual hallamos al Estado; y b) una idea de aquello en lo cual consistiría la condición del hombre sin el Estado. En el primer sentido tenemos una narración histórica insostenible. En el segundo sentido tenemos un principio hipotético, racional".

Christian Thomasio (n. en 1655) cree que la fuente del derecho natural es la "felicidad del individuo" que sólo puede lograrse con una vida honesta, digna y justa (honestum, decorum, justum). La ética tiene por principio la honestidad y su máxima es: "hazte a ti mismo lo que querrías que los demás se hiciesen a sí mismos". La política tiene por principio el decoro y su máxima es: "haz a los demás aquello que querrías que ellos te hicieran a ti" y el Derecho tiene por principio la justicia cuya

máxima es: "no hagas a los demás aquello que 'querrfas que no te fuese hecho a ti". El Estado ha nacido de un contrato inspirado en consideraciones utilitaristas.

Según Thomasio, que vivió en una época de luchas religiosas, por lo cual se preocupó profundamente por sobreguardar la libertad de creencia, la Etica comprende el fuero interno de la conciencia, mientras que los deberes jurídicos son externos y, por tanto, exigibles coactivamente por la autoridad.
El pensamiento del filósofo Rousseau (n. en 1712) cuyas ideas jurídicas Y políticas tuvieron tanta influencia en la Revolución Francesa, sigue la línea jusnaturalista.

En el "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", Rousseau sostiene su conocida tesis que éstos fueron originariamente libres e iguales y que, posteriormente, la civilización los corrompió. En el "Contrato Social" tuvo como propósito fundamentar la existencia de aquellas dos notas, "la libertad" y la "igualdad", que hicieron la felicidad en el estado de naturaleza, explicando mediante una hipótesis -y no otro significado tiene el contrato- que los individuos acordaron formar un cuerpo político sin renunciar por este hecho, a sus derechos individuales que "convergen en el Estado" pero éste los devuelve al ciudadano transformado en garantías.

Merced al contrato social, el Estado que es una verdadera "síntesis de las libertades individuales" constituye una voluntad general que se expresa en la ley, único poder al que se deben someter los ciudadanos.

El más elevado exponente del racionalismo fue Kant.

La noción fundamental de la doctrina kantiana sobre el derecho, es la idea de libertad. La libertad asume dos formas: libertad del arbitrio o "independencia de todo impulso sensible en cuanto a su determinación" que es la noción negativa de libertad y la "facultad de la razón pura de ser práctica a sí misma" que es la noción positiva, que sólo es posible por la sumisión de las máximas de toda acción a la condición de poder servir de ley general.

Las leyes de la libertad citadas se llaman morales; y cuando se reflejen en las acciones externas y en su legitimidad, se denominan jurídicas. La simple conformidad de la acción externa con las leyes jurídicas constituye su legalidad. La libertad que atañe a las leyes jurídicas "no puede ser más que la libertad en la práctica externa".

De lo expuesto desprende Kant que el derecho es "el conjunto de las condiciones a través de las cuales el arbitrio de uno puede concordar con el arbitrio de otro, según una y universal de libertad".

Los caracteres del derecho son: su relacionalidad, es exterior a las personas (no indica ningún vínculo del arbitrio con el deseo del otro sino con el arbitrio de éste}, y, no toma en cuenta la materia sino la forma.

El imperativo categórico de la moral se formula de este modo: actúa de tal modo que la máxima de tu acción pueda transformarse en ley universal. El principio universal del derecho

dice: "Es justa toda acción que por si, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales" .

Sin embargo, Kant atribuye validez a priori a un principio que no es meramente formal: la persona, que, según él, como lo hemos señalado antes, constituye fin en sí misma, "un fin tal que en su lugar no '" puede ponerse ningún otro fin a cuyo servicio tuviera que estar como mero medio, ya que sin esto no se encontraría nada de valor absoluto; si todo valor fuera condicionado, y por tanto causal, no podría encontrarse ningún principio práctico supremo para la razón" .

En sus "Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho" Kant señala que "todas las proposiciones del derecho son proposiciones a priori, porque son leyes de la razón (dictamina rationis)". Tal es el fundamento del derecho natural racional. El derecho positivo, contingente y variable, deriva de aquél.

CAPITULO II

EL HISTORICISMO y EL POSITIVISMO

1.- El historicismo filosófico de Hegel. 2.- La Escuela Histórica del Derecho.

3.- El sentido del positivismo jurídico. 4.- La Teoría Pura del Derecho.

1.- EL HISTORICISMO DE HEGEL

El historicismo en el derecho representa una vigorosa reacción, que se desarrolla desde fines del' siglo XVIII, contra las abstracciones del racionalismo jusnaturalista, y contra la universalidad de los principios que había proclamado la Revolución Francesa. A la 'razón se opone, de ese modo, la historia.

. Las direcciones más importantes de este movimiento, están constituídas por el llamado historicismo filosófico cuyo exponente fue Hegel, y por la Escuela Histórica del Derecho, representada por Savigny. Diferentes las dos concepciones, tanto en su inspiración como en su contenido y en su método, representan, sin embargo, la misma actitud frente al Derecho Natural.

Hegel (n. en 1770) fue un idealista absoluto en sentido objetivo.
Proclamó -como ya se ha visto- la identidad del pensamiento con el ser, que es dinámico, que se halla en perpetuo cambio, y que sólo es cognoscible mediante un sistema de conceptos que constituyen el fun. damento de su método dialéctico.
Lo absoluto para Hegel es la idea que es "en si" (reino de las verdades abstractas), "fuera de si" (naturaleza) "en si y por si" (espíritu). Este último se realiza como espíritu subjetivo (sujeto que se sabe a sí mismo) que se manifiesta en alma, conciencia y espíritu; espíritu objetivo (está ahí, no tiene sujeto) que se

realiza en el derecho, la moralidad, y la eticidad; y espíritu absoluto (en si y por así) que es arte, religión re...elada y filosofia.

El Derecho, dice Hegel "es algo sagrado en general, sólo porque es la existencia del concepto absoluto, de la libertad autoconsc.iente" .
Así concebido, como libertad consciente de sí misma, el derecho se desenvuelve en la realidad mediante ese proceso a través del cual se produce "la especificación de lo universal" que se denomina "dialéctica" .

La primera encarnación de la libertad -sinónimo de la voluntad- es el derecho abstracto. En un segundo momento, la voluntad sale de su indeterminación, se particulariza. El sujeto de la voluntad libre, particularizada, es la persona, que para exitsir debe darse una esfera exterior para su libertad que está constituída por las cosas.
En cuanto al ethos objetivo, este se manifiesta en tres organizaciones: la familia, la sociedad civil y el Estado. La primera, como "sustancialidad inmediata del espíritu objetivo", nace del amor. La reunión de individuos, que constituyen fines particulares en sí mismos, al servicio del derecho de todos, genera la segunda forma de sociedad.

La tercera, el Estado, es el grado más alto, "es la realidad de la idea ética; es el Espíritu ético en cuanto voluntad patente, clara para sí misma, susta'ncial, que se piensa y se sabe, y que cumple lo que él sabe y comp lo sabe".

Para este filósofo, no existe sobre el poder de los estados una jurisdicción humana superior. Sobre los actos de aquéllos, el espíritu del mundo, que en las diversas épocas ha sido representado por determinados estados, como el oriental, el griego, el romano y el germanopronuncia su sentencia irrevocable. La idea de Estado, tiene su desarrollo dialéctico a través de la Historia Universal.

2.- LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO

La llamada "Escuela Histórica del Derecho" reconoce como antecedentes las ideas jurídicas de los sofistas griegos en la antigüedad, y las de Vico en la llamada edad moderna.
La referida escuela, alcanzó su más alto desarrollo en Alemania, con las obras de Federico Carlos Savigny, Jorge Federico Puchta y Gustavo Hugo.

Antes, en Inglaterra, Edmundo Burke en un trabajo titulado "Reflexiones sobre la Revolución Francesa" (1790) había criticado duramente dicho movimiento político, señalando la necesidad de inspirar toda acción social en la historia, el hábito y la religión.

Savigny (n. - en 1779) expuso sus tesis en un opúsculo titulado "De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la jurisprudencia", a manera de respuesta al publicado por Thibaut, profesor de Derecho 'Civil de la Universidad de Heidelberg, "De la necesidad de un Derecho Civil General para Alemania" en el que propugnaban una codificación, basada en el derecho romano y en el Código de Napoleón para todo el país.

Savigny combatió la concepción de Thibaut porque el derecho no nace de la obra del legislador, sino de "fuerzas internas que operan silenciosamente" 5.
. Según la Escuela Histórica, el derecho como el lenguaje, como la costumbre, como la constitución, está determinado por el "espíritu del pueblo" (Volksgeist). De la misma manera que el lenguaje, que es fruto espontáneo del alma popular, y no la obra de los gramáticos, que sólo mucho después fijan las reglas a las que debe ser sometido, el derecho reconoce la misma fuente a la que deben acudir los juristas y los legisladores.

"En todas las naciones, decía Savigny, a las que alcanza la historia, vemos al derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del mismo modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Todas estas diferentes manifestaciones no tienen;
en verdad, existencia aparte, sino que son tantas fuerzas y actividades del pueblo, indisolublemente unidas y que sólo teóricamente aparecen como atributos distintos. Lo que les hace formar un todo es la creencia universal del pueblo, el sentimiento uniforme de una necesidad íntima que excluye toda idea de origen meramente accidental o arbitrario. El derecho progresa con el progreso del pueblo, se fortalece con él y finalmente perece cuando la nación ha perdido su personalidad".

La fuente originaria del derecho es, para este movimiento, el es. píritu nacional que se expresa mediante la costumbre, el derecho promulgado y la doctrina.
La costumbre es la fuente "formal" principal y la más general, puesto que traduce la conciencia jurídica de la comunidad. Le

sigue la legislación mediante la cual el Estado, en cumplimiento de su misión, regula las relaciones intersubjetivas y, finalmente, la obra de los teóricos, la doctrina, que recoge los elementos de las anteriores y busca su concordancia e integración.

Pese a que para esta escuela, todo derecho se reduce al positivo, no deja de admitir la existencia de preceptos e ideas universales, pero carentes de precisión y de fuerza obligatoria. Su valor es el de simples principios de determinación de la colectividad pero no el de normas vigentes en ella. Existen, ciertamente, "exigencias racionales del derecho, pero no un derecho racional", proclamó Stahl .

En lo que se refiere a la tesis de la íntima vinculación entre el espíritu del pueblo y el derecho nacional, el historicismo no es del todo consecuente al rendir culto exagerado al Derecho Romano, erigido por esa doctrina en verdadero derecho supranacional.
A la famosa frase de Gierke "lo que queda del derecho natural, tras las estocadas de la escuela histórica, no es más que la sombra de su altiva potencia de antaño", opuso Stammler esta otra: "no son estocadas las que la Escuela Histórica ha lanzado contra el derecho natural, sino alfilerazos e injurias".

3.- EL POSITIVISMO JURIDICO

No la filosofía en sí misma, sino un sucedáneo de la filosofía -según certera frase de Larenz- durante la segunda mitad del siglo XIX, fue el positivismo.

El mundo se reduce para el positivista al ámbito de las cosas, cada una de las cuales es una singularidad, cuyo método de conocimiento es el de la experiencia sensible.

Tal imagen significa que no existe nada más allá de lo percibido; que sus elementos integrantes se influyen recíprocamente en virtud de la ley de la causalidad, cuyo señorío exclusivo es para el positivista "la piedra angular de su idea del mundo" y que el método es el de las ciencias físico-naturales.

La Sociología -creada como disciplina científica autónoma por Comte, el iniciador del positivismo- pretende explicar las relaciones humanas (el derecho, la moral, las. costumbres) mediante leyes sociales que expresen esa "conexión causal "propia de los fenómenos de la naturaleza, que tal concepción extendió al mundo del hombre.

En el campo de las disciplinas jurídicas, el positivismo surgió como lógica reacción contra las abstracciones y vaguedades del jusnaturalismo decadente, contra las incoherencias de la filosofra postkantiana y, como fruto de una necesidad de certeza de los juristas que buscaron apoyo en el método de las ciencias naturales como el único capaz de garantizar un auténtico saber.

En el Derecho, el positivismo reviste dos formas: analitica y sociológica. Común a ambas es "la tendenqia a eliminar de la teoría del derecho la especulación metafrsica y filosófica y a limitar el campo de la investigación cientrfica al mundo empírico" pero se diferencian en que, mientras la primera concibe el derecho como mandato de fa autoridad, la segunda busca en él los factores sociales que lo integran.

La ciencia jurídica positivista, infecunda en sus dos manifestaciones,.. no buscó otra cosa "que coleccionar, registrar y clasificar datos" o la explicación "sociológica" de la producción del derecho.

En este campo, como en el de las otras ciencias, sobre las investigaciones particulares a que cada una de éstas conduce, se situó una disciplina más amplia, a modo de sintesis de todos los datos y conclusiones, que en el orden de los estudios jurídicos fue denominada "Teoría General del Derecho" o "Enciclopedia Jurídica".

La llamada "Escue'a AnaHtica" inglesa, promovida por John Austin (n. en 1790), sostiene que el jurista debe tratar del derecho sólo en tanto que es -no como debe ser- considerándolo como constituido por los mandatos de la autoridad: legislador o juez.
L. Gumplowicz (n. en 1838) es uno de los representantes del positivismo sociológico. Gumplowicz sostuvo que el derecho es instrumento en la lucha de clases o de razas por el poder, creado por el vencedor -lo mismo que el Estado- a fin de mantener su predominio.

La Escuela Sociológica, del mismo modo que el Realismo Jurídico norteamericano, pueden considerarse como tendencias comprendidas dentro del positivismo sociológico.

La primera dirección, iniciada por Oliver Wender Holmes, y seguida por Benjamín Cardozo y Roscoe Pound, como sus principales re. presentantes, propugna el estudio de las

realidades actuales que influyen en la formación de las normas, y se interesa por la actividad judicial por la labor del juez- que debe basarse en los intereses y en las necesidades de la comunidad. El realismo jurídico se orienta con más atención, hacia el problema referente a los procesos que se siguen ante los tribunales, pero su preocupación por los hechos le hace olvidar que éstos presuponen conceptos y que, por sobre todo, existe en el derecho, una honda necesidad de valoración.

Cairns y otros. El actual pensamiento jurídico norteamericano cit. pág. 60. "Para Pound, la palabra "Derecho" (law) designa estas tres cosas: orden jurídico, es decir, el régimen ordenador de actividades y regulador de relaciones humanas mediante la sistemática y ordenada aplicación de la fuerza de la sociedad políticamente organizada; b) el conjunto de reglas autoritarias para la actuación judicial y administrativa establecidas o reconocidas dentro de cada sociedad, dentro de la cual hay que incluir: preceptos, técnicas e ideales recibidos por tradición; y c) complejo de actuaciones que constituyen el proceso judicial y administrativo. Al preguntarse luego, el jurista americano, si es posible unificar lógicamente estos aspectos para hacer de ellos el objeto de una ciencia, responde afirmativamente, proponiendo a tal efecto el concepto de control social. Entiende por tal, siguiendo a E. A. Rass, "el control de cada uno de nosotros, por la presión de los demás, ya sea de modo inconsciente e involuntario - o directo e intencional". Pero, como existe muy variadas formas de control social, se hace necesario encontrar un criterio especificativo del que se llama Derecho. Este criterio, es para Pound, el ordenado empleo de la fuerza social. Por lo que derecho se puede definir de modo preciso como "el control social mediante la sistematica aplicación de la fuerza de la Sociedad Políticamente organizada". En "El Derecho'

como Fuerza Social'', José Zafra Valverde, Universidad de Navarra, 1964, pág. 80, n. 112.

El "realismo escandinavo" se caracteriza por considerar al derecho como hecho social, por su recusación del normativismo y por su posición anti-metafísica. Según el fundador de esta escuela. A. Hagestrom las normas coactivas del derecho positivo se originan en una pluralidad de factores sociales. Según Karl Olivecrona, las normas jurídicas son "imperativos libres", dotadas de sanción, acompañadas de cierta propaganda que influyen en la conciencia de los hombres, cuya obligatoriedad descansa en la conciencia del pueblo. Alf Ross, el más difundido, distingue la efectividad de la obligatoriedad de la norma, que radica en una aprobación emocional. El derecho es una ciencia del ser: las normas equivalen a directrices que pretenden ejercer influencia sobre la conducta, en tanto que las leyes de la Giencia, son juicios sobre su ser, que influyen en la elaboración de las normas. El derecho como orden social coactivo, dinámico y obligatorio -a diferencia del juego de ajedrez- se funda en la naturaleza del hombre, de donde se desprende la necesidad de un derecho natural.
Cabe mencionar dentro de estas tendencias -con las que coincide en sus negaciones- la teoria marxista del derecho.

El punto de partida de dicha doctrina marxista está constituído por la hipótesis que sostiene que la producción, y las relaciones sociales que se originan en ella, son los fenómenos determinantes del derecho y del Estado.
De la mencionada hipótesis se desprende claramente que, tanto el Estado como el derecho, obedecen a procesos económícos y que significan reflejo de éstos. Debe sin embargo, señalarse que

en la última etapa de su pensamiento, Marx, lo mismo que Engels, aceptaron que entre los fenómenos económicos y los que de ellos derivan, se dan recíprocas influencias.

Según la terminologfa marxista, las relaciones de producción forman la "estructura" social sobre la cual se levante la "superestructura" polrtica y j~rfdica. "En la producción social que los hombres llevan a cabo escribió Marx- entran en re! aciones definidas que son indispensables e independientes de su voluntad; estas relaciones de producción corresponden a un estado definido del desarrollo de sus poderes materiales de producción. La suma total de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, su fundamento real, sobre el cual se elevan las superestructuras jurfdicas y políticas y a las cuales corresponden formas definidas de conciencia social".

La finalidad del derecho y del Estado -nacidos de condiciones económicas especiales, dentro de una sociedad" dividida en clases una de las cuales está formada por una pequeña minorfa que explota a la mayoría- es la de constituir una gran maquinaria coercitiva a fin de mantener el predominio de quienes se valen de ellos, de los grupos dominantes, sobre los explotados.

De esta última afirmación se desprende que tanto el derecho como el Estado están condenados a desaparecer. En el "Manifiesto Comunista" se lee que: "Si el proletariado se convierte por medio de la revolución en la clase dominante y, como tal, barre con las anteriores condiciones de producción, habrá barrido, junto con esas condiciones, las condiciones que

permiten antagonismos de clases, y de las clases en general, y de este modo habrá abolido su dominación como clase" .
Posteriormente, la etapa del predominiO' del proletariado tendrá que desaparecer y el Estado desaparecerá también inevitablemente. Irá a ocupar un puesto, según frase de Engels, en un museo de antigüedades, "al lado de la rueca y del hacha de bronce".
El derecho correrá también suerte parecida. Desaparecerá como expresión del pensamiento burgués y será reemplazado por un principio cuya fórm~la general' es ésta: "a cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades".
El positivismo puede reducirse, como muy bien lo señala Igino Petrone, a un rubro simple: "el hecho del mandamiento es justamente el manantial del derecho, o de otro modo, la esencia del derecho consiste en el mandamiento" .

Y si se ahonda más aún se concluye que "la fuerza coactiva del mando es criterio de derecho, sólo porque se ha preconcebido el derecho como fuerza" .

4.- LA TEORIA PURA DEL DERECHO

Pocos jusfilósofos tienen en nuestra época una influencia tan profunda y tan extendida como Hans Kelsen (n. en 1881) autor de la "Teoría Pura del Derecho" .
"La Teoría Pura del Derecho, ha escrito el propio Kelsen, es una teoría del Derecho positivo. Del Derecho positivo, a secas, no es de un orden jurídico especial".
Esta Teoría se denomina "pura" porque comprende sólo el Derecho, eliminando de ese conocimiento todo lo que sea Moral,

Política, Sociología, Psicología o Teología, para considerar su objeto como es y no como debe ser, sin incursionar en ninguna ideología ni tampoco en el problema de la justicia que constituye un "ideal irracional".

Pero la Ciencia Jurídica no sólo debe separarse de la política sino también de la Ciencia Natural. El estudio del comportamiento de los hombres tal como se conducen, es objeto de la Sociología (de la Sociología Jurídica cuando se refiere a hechos comprendidos por las normas jurídicas). El estudio de las normas, del orden jurídico positivo, que señala como los hombres deben conducirse, es tarea de la Ciencia Jurídica.

La distinción anotada se funda en la oposición entre dos categorías "ser" y "debe ser" que tienen significación metafísica y gnoseológica. La naturaleza pertenece al mundo del ser, sus leyes son causales y explicativas; enlazan un hecho antecedente como causa con un hecho consecuente como efecto. El Derecho se inserta en el mundo del debe ser. Sus normas vinculan un hecho antecedente o condición con un debe ser. Esta forma de enlace es la "imputación" que no es otra que la expresión "del sentido peculiar en que son puestos en recíproca conexión los hechos pertenecientes al sistema "Derecho" y no otra cosa es el debe ser con que la Teoría pura del Derecho presenta al Derecho positivo; así como la expresión de la legalidad causal es el "tener que ser" .

Como consecuencia de esta segunda purificación, queda eliminada también del derecho toda consideración teleológica que corresponde al orden del ser.

Así llegamos al concepto central de la Ciencía del Derecho que es la norma. La norma no es una orden o mandato sino un jUicio o proposición hipotética que, en el caso de la norma jurídica, tiene un carácter coactivo. "En este punto, ha escrito Kelsen, la Teorla pura del Derecho prosigue La tradición de la teoría jurídica positivista del siglo XIX. Para la consecuencia enlazada en la proposición jurídica a una determinada condición, es el acto coactivo estatal, esto es, la pena y la ejecución coactiva civil o administrativa, y sólo por eso la situación de hecho condicianante es calificada como antijurídica y 'la condicionada como consecuencia de lo antijurídico".

Las normas de derecho no se dan aisladas unas de otras sino dentro de un orden .u ordenamiento jurídico" que es una estructura jerarquiza, dentro de la cual la norma inferior funda su validez en la inmediata superior y así sucesivamente 'hasta llegar a lo qLJe Kelsen denomina "la norma fundamental".
La norma fundamental -la primera constitución- dice que ha de valer aquello que ha establecido el primer constituyente y su fórmula podría redÚcirse a ésta: "debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias que él ha delegado" .

Dicha norma fundamental, debe entenderse como supuesto necesario de toda concepción positivista del material jurídico, pero en manera alguna como Ilorma positiva ya que no ha sido producida ni instituida sino que es simplemente supuesta.

La creación y la aplicación del derecho se representa para la Teoría Pura con la imagen de la pirámide jurídica: cada norma

significa la aplicación de la que le precede en la jerarquía de preceptos y es a su vez fuente de producción de la que le sigue.

El derecho como arden jurídico coactivo se identifica con el Estado. Kelsen enfrenta su te.oría a la doctrina tradicional que contrapone Estado y Derecho, pero que a la vez considera al Estado como sujeto de deberes y facultades, como persona independiente del orden jurídico, para afirmar que el Estado no es otra cosa que la personificación del orden jurídico nacional.

Del mismo modo, sostiene la Teoría Pura, que la persona no es más que un haz de normas que señalan deberes y derechos, y que la persona jurídica es el orden jurídico parcial al cual el orden jurídico total señala asimismo deberes y derechos, dejando a aquél la determinación del individuo que tendrá que realizarlos; el Estado es ese orden jurídico nacional que, por otra parte, imputa a un orden jurídico parcial (el Estado como persona jurídica) ciertos derechos y obligaciones.

En cuanto al derecho internacional, el primado del orden jurídico estatal llevaría a afirmar que sobre un Estado no cabe ningún otro orden jurídico, y que junto a él tampoco se dan otros órdenes jurídicos, lo que significa que debe admitirse, para construir jurídicamente todas las relaciones interestatales, la hipótesis del primado del orden jurídico internacional.

CAPITULO III

OTRAS DIRECCIONES DEL PENSAMIENTO JUSFILOSOFICO

1.- El formalismo de Stammler y Del Vecchio.2.- La Fenomenologia. 3.- La Filosofia de los valores y el existencialismo. 4.- El raciovitalismo de Recasens Siches y la Teoria Egológica de Cossio. 5.- El jusnaluralismo. 6.- Afirmación personalistOl

1.- EL FORMALISMO DE STAMMLER y DEL VECCHIO

Durante la segunda mitad del siglo XIX dominaba en todos los campos de la cultura el positivismo antimetafísico. "La Teoría Jurídica sólo podía serio del derecho positivo. Al lado de su interpretación sólo cabía el estudio de los hechos sociales que lo circunscribían: su historia, sus causas eficientes, los fenómenos .concomitantes, sus efectos en la textura real de las relaciones humanas. Junto a la jurisprudencia empírica no cabía sino la consideración sociológica: y ésta debía desenvolverse tomando como tipo las Ciencias Biológicas. La terminología de éstas pasa casi entera al .campo de las disciplinas sociales y jurídicas. Los libros de esta época manejan con predilección y asiduidad metáforas como: Anatomía y Fisiología jurídica, etc. La Escuela histórica del Derecho, que en su inicio fue un brote de la Metafísica romántica, degeneró al cabo de algunos lustros en puro empirismo; y sus últimas derivaciones vinieron a formar las filas de la legión positiva".

En medio de este cuadro surgió hacia el año 1860, un deseo de retornar a la Filosofía, entendida como la filosofía kantiana. "Volvamos a Kant" fue la exclamación y el inicio del renacimiento filosófico representado por el neocriticismo.
Rodolfo Stammler (n. en 1856) fue el renovador de la Filosofía del Derecho dentro de la orientación de esa escuela.
Stammler distinguió la "ciencia del derecho" que ordena los datos que provienen de los ordenamientos positivos, de la Filosofía del Derecho que trata de "todo aquello que en la disquisición jurídica puede ser afirmado con absoluta universalidad" .

La Filosofía del Derecho se ocupa, pues, en primer término, del "concepto del derecho" que es una noción común a todas las consideraciones jurídicas, pero investiga además cómo debe ser el derecho, esto es, su rectitud, la idea de justicia. Los otros temas de la Filosofía del Derecho son el estudio de las categorías derivadas del concepto de derecho y la técnica" y la práctica del Derecho, para solucionar los problemas jurídicos de acuerdo con las normqs yla idea de justicia.
La Filosofía del Derecho emplea el método crítico que separa la materia y la forma, a fin de llegar a nociones universales, necesarias, a priori, como formas puras del pensamiento jurídico.
El derecho no puede ser concebido o conocido bajo la ley de casualidad que corresponde al orden de la naturaleza, sino dentro de la ley de finalidad, esto es, del querer.

El "querer" puede asumir dos formas: o corresponde a la vida interior del sujeto o se refiere a las relaciones interindividuales y, en tal caso, es "entrelazante". Este último, o depende de la

aceptación de los hombres que vincula, o se impone "autárquicamente" sin contar con su voluntad. Finalmente, el querer entrelazante y autárquico puede ser arbitrario o llevar consigo una intención de regularidad, de "invulnerabilidad". El derecho es "el querer entrelazante, autárquico e inviolable" 3.
Concebido de ese modo, como querer, el derecho es una categoría mental que ordena el material jurídico según ese método que es la voluntad, que establece enlaces no de causa a efecto, sino de medio a fin.

Además del concepto del Derecho, la Filosofía se ocupa de la idea del derecho.
La idea, al modo kantiano, es una estructura de la razón carente de contenido empírico que se proyecta sobre todo contenido real o posible. La idea del Derecho es la justicia que no refleja otra cosa que la noción de rectitud aplicada al querer vinculatorio.
Concebida de ese modo la justicia es una absoluta armonía, de acuerdo con la cual se ordena la materia jurídica, es decir una "comunidad pura" 4, en la que se vinculan los hombres como seres librevolentes, considerados como fines en sí mismos.
Sólo la "comunidad pura" constituye lo absolutamente justo. La "aplicación de este método a una determinada materia social, se denomina objetivamente justo 5. Existe una sola idea de justicia, pero es ilimitado el número de derechos justos.
Los principios del Derecho justo, que debe tener presente el legislador, son: 1.- Una voluntad no debe quedar a merced de lo que otro arbitrariamente disponga; 2.- Toda exigencia jurídica deberá ser de tal modo que en el obligado se siga viendo al prójimo; 3.- Un individuo jurídicamente vinculado no debe ser nunca excluído de la comunidád por la arbitrariedad de otro; y

4.- Todo poder de disposición otorgado por el derecho sólo podrá excluir a los demás de tal suerte que en el excluído se siga vienClo al prójimo.

El ilustre pensador italiano Giorgio Del Vecchio (n. en 1878), bajo la influencia del neokantismo, ha llegado a elaborar una doctrina que significa un nuevo punto de vista sobre el Derecho Natural.

Del Vecchio, reconoce que en la inmensa variedad de fenómenos jurídicos se da una unidad que en cierta manera los comprende a todos. Si se admite lo múltiple, hay que suponer, dice, esa unidad, que se mantiene la misma a través de toda la evolución jurídica que sería ininteligible sin ella.

En otros términos "atribuir carácter jurídico a nociones y ordenamientos diversos, es al mismo tiempo la prueba de la existencia de una noción unitaria" 8. ¿Cuál es el carácter de esa noción? Del Vecchio nos dice que no constituye una norma o precepto jurídico, porque en tal caso tendría ya un contenido que le quitada universalidad, ni tampoco es un ideal del Derecho, una determinación de la justicia, porque también sería algo concreto como un contenido particular. El elemento común que encontramos en todas las proposiciones jurídicas -el concepto de derecho- -es meramente formal (carece de contenido), no nos dice lo que es justo o injusto en sí, sino solamente "cuál es el sentido sobre cualquier afirmación sobre lo justo y lo injusto; es, en suma el signo o carácter universal de la juricidad" .
Esta forma lógica es anterior a todas las expresiones jurídicas, es decir, es un dato "a priori" y no empírico, y su valor y su ~Icance es la condición y límite de aquellas experiencias.

El concepto de derecho se aplica a los actos del hombre, que están gobernados por un principio ético que se traduce en un doble orden de valoraciones, que se refieren a los dos aspectos Que pueden tomar los actos que se trata de valorar, ya sea que se les considere con relación al propio sujeto o con relaqión a los otros sujetos.

Al hombre como sujeto se le presentan a cada momento varias posibilidades de acción entre las que debe elegir, realizando una y omitiendo las demás. El principio ético que rige su conducta en este caso, es el deber moral.

En el otro caso, la acción de un hombre puede relacionarse con la de otro, A la accién ya no se contrapone la omisión del mismo sujeto, sino el impedimento por parte de otro u otros. "Lo que el sujeto puede hacer no debe ser impedido por otro sujeto. El principio ético, pues, en esta forma, tiende a instituir una coordinación objetiva del obrar, y se traduce en una serie correlativa de posibilidades e imposibilidades de contenido, con respecto a varios sujetos". ~sta coordinación ética objetiva constituye el campo del derecho" 1o, De aquí la definición del Derecho como "la coordinación de las acciones posibles entre varios sujetos según el principio ético que las determina excluyendo todo impedimento" .

El fundamento del Derecho está constituído por la naturaleza humana. La naturaleza en general puede considerarse desde dos puntos de vista: causal y teleológico. La casualidad mira los fenómenos como determinados necesariamente por los que les preceden. La finalidad "es una nueva perspectiva de la reaHdad;

es la misma realidad vista desde adentro.. . "12 con un criterio metafísico para el cual aparece como "principio viviente que agita la inme.nsa mole del universo como sustancia" "inmune a las angustias de la casualidad" o como "razón interior" que impulsa todas las cosas 13, El hombre, por un lado, se halla comprendido en la naturaleza como término último y superior de sus formaciones y de sus desenvolvimientos, pero, por otro, como sujeto que piensa, se refleja sobre ella, la contempla, la resume en sí mismo y la comprende como idea suya.

En este aspecto de la naturaleza humana --en esta vocación trascendental del hombre- que se afirma en la conciencia de su propia libertad y de su imputabilidad- se fundan la Moral y el Derecho, cuya norma es ésta:. "Obra no como medio o vehículo de las fuerzas de la naturaleza sino como ser autónomo con cualidades de principio y fin; no como impulsado ni arrástrado por el orden de los motivos, sino como dominador de ellos; no como perteneciente al mundo sensible, sino como partícrpe del inteligible; no como individuo empírico -horno phenomenom- determinado por pasiones y afecciones psíquicas, sino como yo racional -horno noumenon- independiente de ellas; obra en fin, en conciencia de la pura espontaneidad de tus determinaciones, de lo absoluto y universal de tu ser, y por lo tanto, pues, no otra cosa significa tu identidad con el ser de otro sujeto" 15.

Este supremo principio ético se convierte en principio jurídico y, como tal, se traduce en una "prerrogativa perpetua e inviolable" del hombre que debe ser tratado como persona y que implica, además, una obligación correlativa frente a los otros.

2.- LA FENOMENOLOGIA

De acuerdo con las ideas de Edmond Husserl, la fenomenología jurídica representada por Adolf Reinach (1887-1971) autor de "Fundamentos apriorísticos del derecho civil", se dírige hacia el objeto del derecho en su esencia misma, renunciando a construcciones y a teorías.

De acuerdo con la opinión de Reinach, el ser del derecho no es construído por el derecho positivo sino que éste lo encuentra. "Los conceptos jurídicos presentan, ciertas estructuras ontológicas inmanentes y a priori, en el sentido que ellas constituyen el ser necesario, la presuposición necesaria a la elaboración de esos conceptos en el interior' de un orden positivo concreto. Estas estructuras constituyen un conjunto de caracteres que deben estar presentes para que un concepto jurídico específico pueda "ser" en tanto que tal: la propiedad, la promesa, la hipoteca, etc., presentan una eidética objetiva a priori, independiente de los residuos psicológicos de los sujetos, y de consideraciones axiológicas o de prescripciones del derecho positivo".

La investigación de F. Schreier persigue la búsqueda de un a priori formal del derecho dentro de una teoría jurídica pura que es "sólo parte de la lógica" 17. El derecho positivo no es el que produce los conceptos jurídicos sino que éstos tienen independencia; tales objetos -al igual , que en Kelsen- son las normas, que tienen carácter ideal, y están constituídas por una relación entre juicios enlazados por un debe ser.
Según Gerhart Husserl, el derecho, parte del mundo, no pertenece a lo perecedero, sino que quiere valer "de una vez para siempre".

Las esencias del derecho positivo se manifiestan a través de las posibilidades de lo real. Las normas jurídicas abstractas se temporalizan a través de su aplicación.

3.- LA FILOSOFIA DE LOS VALORES y EL EXISTENCIALISMO

La Escuela neokantiana de Baden, representada por Windelband y Rickert, se proyectó en la obra de los filósofos del derecho Emil Lask y Gustav Radbruch, entre otros.

La obra de Lask (n. en 1875) "Filosofía Jurídica" 20, contiene una certera crítica contra las posiciones extremas representadas por el jusnaturalismo y el historicismo, en orden a la fundamentación de una Filosofía del derecho en el valor jurídico absoluto, la justicia, atribuyendo a las ciencias del derecho tratar sobre sus modos de realización.

El pensamiento de Radbruch, (n. en 1878) citado con frecuencia en este libro, pertenece a esta misma dirección y su influencia es, en estos últimos tiempos, destacada.

Radbruch señala que entre el mundo de la naturaleza y el mun-. do de los valores, se halla el reino de la cultura en el que se ubica el Derecho. "El concepto del derecho -escribe Radbruch, por tal razónes un concepto cultural, o lo que es lo mismo el concepto de una realidad referida a valores, una realidad cuyo sent1do consiste en estar al servicio de valores.. El derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídicb, a la idea del derecho".

Concebido el derecho de este modo, debe realizar estas cuatro exigencias: 1.- Debe asumir la forma empírica de una ley o de una costumbre, es decir, debe ser positivo; 2.- Debe elevarse valorativa e imperativamente sobre el resto de la realidad, esto

es, debe ser normativo; 3.- Por proponerse la realización de la justicia debe regular la convivencia humana, debe tener carácter social; y 4.- Por virtud de la justicia debe aspirar a la igualdad, debe ser general.

La idea del derecho es la justicia que es "un valor absoluto" que para Radbruch significa lo mismo que el Bien para la Moral.
Pero la justicia sólo puede determinar "la forma de la ley, el que ésta sea igual para todos los considerados como iguales y revista, por tanto, la forma de generalidad. No puede decimos nada, en cambio, en cuanto al contenido de tales leyes generales, valederas por igual para todos los equiparados como iguales". Este contenido se obtiene gracias a otro principio que es el de "la adecuación al fin" que debe ser tomado por el Derecho del campo -de la Etica.

Existen tres clases de valores de acuerdo con sus soportes o exponentes, que pueden ser: 1) la personalidda individual; 2) la personalidad colectiva; y 3) la obra cultural. A estas tres clases de valores corresponden tres forman de convivencia -sociedad, colectividad y comunidad- y tres tipos de ideales: libertad, pode'r y cultura.
La ciencia' debe limitarse a presenfar al hombre estos tres grupos de valores, para que sea él quien tome su decisión. "El relativismo como Radbruch mismo denomina a su posición, enseña al individuo por tres caminos, si no a conocer lo que debe hacer, sí a saber lo que realmente quiere, es decir, lo que consecuentemente debe querer, siempre y cuando que' se someta a la ley de la consecuencia de sus actos".
Pero así como el carácter formal de la idea de justicia exige que ésta sea completamentada, para adquirir un contenido, con la

de fin, del mismo modo, el relativismo a que esta última conduce, reclama, a su vez, para ser contrarrestado que se récurra a otro valor: la seguridad.

La seguridad quiere decir "la seguridad del derecho mismo" que sólo puede ser cumplida mediante su positividad, que nace de un poder que tenga la fuerza necesaria para imponer lo estatuido.

Las tres ideas de valor mencionadas -justicia, adecuación al fin y seguridad- se complementan mutuamente y, al mismo tiempo, se contradicen. ..
En una segunda parte de su pensamiento, después de las dictaduras totalitarias destruídas por la segunda guerra mundial, Radbruch, consideró el conflicto entre justicia y seguridad como un conflicto de la justicia consigo misma, y que "el derecho positivo injusto debe ceder paso a la justicia". Algo más el primado de la justicia significa una vuelta al derecho natural con el cual medir las leyes positivas injustas como actos contrarios al derecho, como desafueros en forma legal.

Helmut Coing, bajo la influencia de la corriente fenomenológica Y existencialista, plantea una renovación del derecho natural. En el derecho se presentan "situaciones fundamentales" permanentes fundadas' en la constancia de actitudes del hombre y en la naturaleza de las cosas.

Las relaciones humanas se hallan reguladas por un derecho natural que traduce valores, objetivos y trascendentes, que no se confunde con el orden jurídico positivo.

Fechner (Rechsphilosophie) sitúa el fundamento del derecho en el valor y en la natura~eza de las cosas pero a través de factoras sociológicos y de representación. En el hombre se unifican lo orgánico regido por la causalidad, y lo espiritual por la finalidad, como estratos superpuestos.

El derecho rige las relaciones sociales y está integrado por factores reales, frente a los cuales el hombre es libre; y por factores ideales (los valores: objetivos y apriorísticos). La conjunción de dichos factores hace superar toda distinción entre idealismo y sociologismo.

Según Werner Maihofer (Rech und Sein) el hombre posee una doble naturaleza (individual y social) y desarrolla una figura social preformada por el mundo. La interrelación de esos factores, da lugar al nacimiento de la "naturaleza de las cosas" base del sistema normativo.

4.- EL PENSAMIENTO DE LUIS RECASENS SICHES y LA TEORIA EGOLOGICA DE CARLOS COSSIO

Luis Recasens Siches (n. en 1903) es, sin duda alguna, el más ilustre jusfilósofo de habla castellana en nuestro tiempo. Influenciado por las ideas de Ortega y Gasset, ha elaborado una concepción jurídica de notable fecundidad.

Siguiendo a su maestro Ortega, reafirma Recasens Siches, que la Filosofía busca un punto de partida radical y primario, sin supuestos anteriores, sin dejar atrás implicaciones previas no resueltas, esto es autónomo. Pero tal punto de partida debe ser algo más: instancia reguladora de todos los demás

conocimientos, criterio justificativo de las otras verdades, pantónomo. Dentro de estas características, la Filosofía del Derecho "convierte lo jurídico en problemas total, es decir, lo enfoca sin partir de supuestos jurídicos previos" 28, En la visión de Recasens Siches, el Derecho se inserta en esa realidad primaria y radical que es la vida humana. Esta constituye "nuestra propia existencia, la de cada uno; todo cuanto hacemos, deseamos, pensamos y nos ocurre".

Pero al lado de la vida humana "auténtica" encontramos las obras que el hombre ha realizado (utensilios, procedimientos técnicos, cuadros, estatuas, composiciones musicales, teorías científicas, reglas morales, ejemplos de virtud, letreros, cartas, altares, códigos, magistraturas, formas de trato, etc.) que vienen a adquirir "una especie de consistencia objetiva" y se llaman por eso, "vida humana objetivada".

Tal aspecto de la existencia constituye la cultura que es aquello "que los miembros dé una determinada sociedad concreta aprenden de sus predecesores y contemporáneos en esa sociedad, y lo que le añaden' y modifican. Es la herencia social utilizada, revivida y modificada".

El derecho pertenece a ese ámbito y "en tanto que forma objetivada de la vida humana, está constituido por un conjunto de ideas -mejor diríamos significaciones- que constituyen reglas para la conducta humana".

El Derecho se caracteriza además, por pertenecer al aspecto de la vida humana que es lo normativo -señala lo que debe ser y no

lo que es o será- y a su aspecto colectivo porque es un quehacer social.

Como producto de la cultura, el derecho es norma elaborada para la realización de valores. Por esa razón sus tres dimensiones -valor, norma, hecho- se dan indisolublemente unidas "en relación esencial de implicación". "El derecho no es valor puro, ni es una mera norma con ciertas características especia:es, ni es un simple hecho social con notas particulares. El Derecho es una obra humana social con notas particulares. El Derecho es una obra, humana social (hecho) de forma normativa encaminada a la realización de unos valores".

El derecho apunta hacia determinados fines que son puestos como tales en virtud de juicios de valor. Indagar los problemas que derivan de esta cuestión, constituye el objeto de la Estimativa Jurídica cuya temática es la siguiente: 1.- De lá naturaleza de su fundamento, es decir de si éste es empírico o a priori; 2.- De si las ideas a priori son subjetivas o si son objetivas con validez necesaria; 3.- Averiguar cómo se combinan los valores jurídicos con el proceso de la historia; 4.En qué consiste la idea de justicia y si existen otros valores jurídicos y, en este caso, las relaciones que guardan con aquélla; y 5.- Explorar los valores fundamentales del Derecho.
Dado el carácter objetivo de la estimativa jurídica, los ideales jurídicos tienen un sentido histórico y es también histórica la naturaleza, de la valoración jurídica. /

El profesor argentino Carlos Cossio (n. en 1903) ha elaborado la llamada Teoría Egológica del Derecho, muy difundida y comentada especialmente en América Latina.

La Teoría Egológica sitúa al Derecho en el mundo de la cultura.
De acuerdo con la filosofía husserliana, Cossio agrupa los objetos en cuatro regiones: los objetos ideales, los objetos naturales, los objetos culturales y los objetos metafísicos.

Los objetos culturales se caracterizan frente a los objetos ideales porque aquellos son reales; frente a los naturales porque son valiosos y frente a los metafísicos, porque están sujetos a la experiencia ya que son en el tiempo.
En el ámbito de los objetos culturales cabe distinguir, según esta Teoría, los objetos mundanales que son vida humana objetivada, cuyo sustrato es independiente del hombre; y los Objetos egológicos cuyo sustrato es la conducta "como vida biográfica". El derecho es objeto ego lógico.

En este sentido, el derecho no se define como un conjunto de normas de comportamiento sino como "vida humana viviente", como la conducta misma, o, para emplear la fórmula completa de la Teoría Egológica, como "la conducta humana considerada en su interferencia intersubjetiva" 34 que tiene por esencia la libertad.
Las normas jurídicas son para Cossio conceptos con los cuales nos representamos o pensamos intelectualmente la conducta, y como tales, son instrumentos para conocerla. "No se conoce a las normas, dice, sino que se conoce con las normas a la conducta como conducta" 35.
Las normas jurídicas que, como se han visto antes, son para esta teoría, juicios disyúntivos, permanecen ajenas a toda valoración, aunque mientan objetos valiosos, no como cualidades de la norma misma, sino de la conducta mentada.

Pero la norma no juega sólo ese papel sino otro dentro de esta doctrina. No sólo realiza la mención conceptual del objeto sino que además "forma parte del sentido del objeto que ella misma mienta". En términos más claros aún "la norma integra el objeto de que ella misma hace mención" puesto que ese objeto es objeto cultural y, como tal, tiene un sentido que al ser "vivenciado" por la norma "ésta queda integrando el propio objeto del que ella hace mención" .

Los valores del derecho constituyen un "plexo axiológico" al que apunta la conducta humana.
Por otra parte, el orden jurídico constituye una plenitud hermética y la interpretación del derecho no se refiere a las normas sino a la conducta y tiene como instrumento la actitud emocional del intérprete.

5.- EL NUEVO JUSNATURALISMO

Una de las características más saltantes de esta época -a partir del siglo XIX- es el retorno del derecho natural.
No se trata de aquellos sistemas que en las centurias anteriores , se llamaron "derecho natural" "basados en la sociabilidad (socialitas), . o en la paz exterior, o en la búsqueda de la felicidad terrenal, o en la libertad, en suma. Como lo hizo notarWarnkoenig, desde 1780, en cada una de las Ferias del Libro de Leipzig se veían aparecer más de ocho sistemas nuevos de derecho natural, hasta tal punto' que Jean Paul, pudo decir sin exageración, pero no sin ironía, en su Siebenkas, que cada Feria y cada guerra hacían nacer un nuevo derecho natural" 37. Se trata del Derecho Natural vitalizado por la philosophia

pererinis, que, despojado de sus imperfecciones, ha retornado más vigoroso.

Ocupa un lugar destacado entre los jusnaturalistas, Víctor Carthein (n. 1845) que fundamentó su investiación en principios universales e inmutables. Entre los numerosos juristas y filósofos que siguen esta corriente, pueden señalarse J. Dabin, E. Rommen, cuyas obras han sido citadas, lo mismo que Le Fur y Delos, Renard, Maritain, Villey, Maric, etc. El derecho natural es esa "legalidad racional peculiar de la naturalezahumana" en la que radica la ley del hombre como hombre por medio de la cual éste participa de la lex aetema" 38. El precepto fundamental del derecho natural señala que el hombre de acuerdo con su esencia tiene que querer el bien y evitar el mal; de él derivan las demás reglas y las normas de la ley positiva.

6.- AFIRMACION PERSONALISTA

La persona humana -fin y no medio- existe en sí como una unidad, centro de sus actos, que dirige su propio destino original e insustituible.

Cada hombre se realiza a través de su vida, gracias a esa dimensión existencial que es la libertad, para alcanzar su fin racional.

En orden a la consecución de tal fin, o para cumplir el deber de alcanzark>, la persona está llamada a contar con un poder o facultad que le permita el empleo de los medios necesarios. Sin tal poder o facultad, el fin sería irrealizable y el hombre no podría llegar a lo que debe ser de acuerdo con su naturaleza.

La persona -que en su intimidad es soledad- tiene una vocación social constitutiva. A la vez que existe, co-existe con otras personas dentro del mundo. El yo y el tú son inseparables; no se da un yo sino frente a un tú; y un tú sino con relación a un yo.
De allí que la disposición de los medios que cada hombre requiere para realizarse, implique el reconocimiento de los otros hombres, dentro del esfuerzo conjunto de todos en la tarea del bien común, que es el marco dentro del cual se desenvuelve la vida humana en sociedad.

El poder moral que nos corresponde dentro de la sociedad, sobre los medios necesarios para lograr nuestro fin racional, que implica el respeto de igual potestad perteneciente a los otros, es el derecho.
La proporción, la medida, en que debe ejercerse dicho poder, que significa el reconocimiento a cada uno de lo que es suyo, es la justicia, objeto del derecho.

El derecho -como enseña Santo Tomás- se sustenta en la natura! eza humana racional. Es el medio que dirige, dentro de la sociedad, su ínsita vocación hacia su último fin.
Este modo de regulación de la vida social de la persona humana, se expresa mediante reglas a las cuales los antiguos denominaron leye-5 y son las normas jurídicas dentro de la terminología moderna.
Las normas, formuladas por el hombre a fin de regular la convivencia social, son juicios lógicos que se expresan mediante proposiciones, constituyen objetos culturales.
No es derecho solamente conducta social humana, ni los ideales o valores que persigue, o su objetivación en la vida, ni menos

aún las normas solas provenientes del poder u orjginadas por factores sociates.

El derecho es un poder moral de la persona, nacido de su naturaleza, y al servicio de su destino trascendente, sobre los medios que le pertenecen en orden a la consecución de su fin racional, expresado a través de normas que regulan su conducta en una relación justa con los demás.